Breves notas sobre a justiciabilidade dos direitos sociais: perspetiva de direito constitucional angolano

Autor(es): Machado, Jónatas E. M.; Costa, Paulo N.; Hilário, Esteves C.

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39777>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_18

Accessed : 26-Apr-2023 11:35:07

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

BREVES NOTAS SOBRE A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

PERSPETIVA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL ANGOLANO

1. Introdução

Uma parte influente da doutrina entende que os tribunais, e em especial os tribunais constitucionais, não constituem órgãos democraticamente legitimados e institucionalmente adequados para a tomada de decisões de natureza económica, social e cultural. Não lhes cabe decidir questões fiscais e orçamentais e determinar a prestação de bens e serviços aos cidadãos ¹.

Em sentido oposto, algumas correntes doutrinárias, como o *novo processo jurídico* (*new legal process*), propõem um alargamento dos poderes de substituição dos tribunais nos casos em que as instituições constitucionalmente competentes para a promoção dos direitos sociais se abstenham de agir, violando os seus deveres constitucionais ².

¹ Mark TUSHNET, “Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights”, *Comparative Constitutional Law*, 2008, 227, 264 ss.

² Edward L. RUBIN, “The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions”, 109, *Harvard Law Review*, 6, 1996, 1393 ss.

Na realização dos direitos económicos, sociais e culturais, o direito constitucional recebe um forte apoio do direito constitucional comparado e do direito internacional, onde os direitos sociais são cada vez mais entendidos como direitos práticos e não apenas programáticos ou proclamatórios.

Nas linhas que se seguem apresentaremos algumas reflexões sobre esta temática que têm resultado da nossa análise do direito constitucional angolano. Com elas pretendemos homenagear, com humildade e singeleza, o Senhor Professor Doutor Avelãs Nunes que, ao longo da sua brilhante carreira académica, sempre se bateu pela causa dos direitos sociais, da igualdade e da justiça, com especial atenção para os países de língua portuguesa.

2. Direitos práticos e não meramente programáticos

A interpretação constitucional pode ser substancialmente enriquecida pelas experiências de outros Estados (*v. g.* Cabo Verde, África do Sul) e pela concretização dos direitos sociais que no plano internacional tem vindo a ser feita, nomeadamente no âmbito das Nações Unidas, do Conselho da Europa, da Organização dos Estados Americanos ou da União Africana.

O regime específico dos direitos sociais tem hoje uma forte ligação ao direito internacional dos direitos humanos e à noção de *boa governança*. Aqueles direitos encontram-se amplamente consagrados no direito internacional, nomeadamente no Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, ou na Carta Social Europeia de 1961, revista em 1996, ou na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, de 1981.

Instituições internacionais, como o Comité Económico e Social das Nações Unidas ou o Comité Europeu dos Direitos Sociais, têm vindo a fazer um notável esforço no sentido

de concretizar os direitos sociais e de os submeter a padrões de realização quantitativos e qualitativos, objetivamente mensuráveis e controláveis.

Esse esforço tende a intensificar-se à medida que se generalizam os sistemas internacionais de queixa individual ou coletiva. Há hoje padrões, boas práticas, *standards* e referências (*benchmarks*) que densificam os parâmetros pelos quais é avaliada internacionalmente a conduta dos Estados. Um exemplo concreto pode ajudar a compreender este ponto.

A Constituição da República de Angola (CRA) consagra o direito à habitação no artigo 85.º, fazendo outras referências ao mesmo noutros preceitos ³. Este direito está igualmente consagrado no artigo 11.º/1 do PIDESC, que fala no direito a *alojamento suficiente*. O mesmo sucede nos artigos 16.º e 31.º da Carta Social Europeia, na sua versão revista de 1996, onde se fala de *habitação de nível suficiente* e da redução progressiva do estado de sem-abrigo ⁴. Na realização do direito à habitação, os poderes públicos, enquanto destinatários das disposições internacionais e constitucionais, têm uma margem de manobra razoável.

Eles podem, nomeadamente, criar condições para que as instituições de crédito, no sector privado, financiem a construção e aquisição de habitação própria. Também podem dinamizar o mercado do arrendamento, com renda livre, controlada ou subsidiada. Também lhes assiste a opção de promover a construção pública de habitação social a custos controlados e não especulativos. Não obstante, a sua discricionariedade, sendo ampla, não é ilimitada. A atuação estadual

³ Veja-se, os artigos 81.º, 82.º 219.º CRA.

⁴ Veja-se, Padraic KENNA, Mark JORDAN, “Housing Rights in Europe”, *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, (ed. Padraic Kenna), Ashgate, 2014,

deve ser razoavelmente adequada à realização do direito à habitação, sob pena de ele ser letra morta ⁵.

Os documentos internacionais que se têm ocupado da garantia deste direito afirmam que o mesmo, tendo no seu *âmbito subjetivo* todos os cidadãos, é indissociável da atenção à condição económica e social concreta de pobres, idosos, jovens, crianças, doentes, deficientes ou famílias monoparentais. O seu *âmbito material* abrange as novas construções, as construções existentes, a propriedade e o arrendamento. Ele pressupõe a definição de *standards* de habitabilidade, em matéria de segurança estrutural, segurança material (*v. g.* amianto) e segurança sanitária (água, saneamento básico, disposição de resíduos), aquecimento e eletricidade, dimensão adequada ao agregado familiar e estabilidade jurídica (*v. g.* arrendamento). Igualmente relevantes para a sua densificação são as dimensões de localização, segurança pública, vizinhança e adequação cultural ⁶.

Sobre os direitos sociais em geral e o direito à habitação em especial, o Comité Europeu dos Direitos Sociais tem

⁵ Isto mesmo salientou o Tribunal Constitucional da África do Sul, no caso *South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) at 61 para. 83 (S. Afr.). Aí se observou que

“[t]he Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of state action concerned with housing is determined without regard to the fundamental value of human dignity. [The right to have access to housing], read in the context of the Bill of Rights as a whole, must mean that the [claimants] have a right to reasonable action by the state in all circumstances and with particular regard to human dignity. In short, I emphasise that human beings are required to be treated as human beings.”

⁶ Comentário Geral 4, do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

entendido que a sua realização implica ações práticas e jurídicas, a tomada de medidas adequadas aos objetivos num prazo razoável, a maximização dos recursos disponíveis, a calendarização das medidas de acordo com as possibilidades administrativas e financeiras e as necessidades sociais e a atenção especial às situações mais urgentes e a atenção aos grupos particularmente vulneráveis ⁷.

Igualmente indispensável é a medição dos progressos realizados, a comparação dos recursos disponíveis com os resultados produzidos e a medição do impacto prático das medidas tomadas ⁸. O mesmo vale, com as devidas adaptações, para os demais direitos sociais, incluindo os direitos à saúde e à educação acima referidos.

3. Procura de uma via intermédia de controlo

Embora alguns obstáculos teóricos, políticos, institucionais e práticos desta segunda orientação se afigurem de difícil superação, existe, apesar de tudo, uma importante margem de manobra para a proteção dos direitos sociais através da jurisdição constitucional. A mesma deve ser procurada entre dois extremos, a saber: *a)* o ativismo socialmente reconstrutivo do Tribunal Constitucional ou a gestão judicial dos direitos sociais; *b)* a total passividade da jurisdição constitucional diante da indiferença dos poderes públicos para com as necessidades da generalidade da população. Encontrar um meio-termo, entre estas duas possibilidades extremas, é um desafio para a jurisdição constitucional. Mas esse equilíbrio é possível e desejável.

⁷ COMITÉ EUROPEU DOS DIREITOS SOCIAIS, *AIJ v. Portugal*, (1/1998); *Autisme Europe v. França* (13/2002).

⁸ COMITÉ EUROPEU DOS DIREITOS SOCIAIS, *FEANTSA v. France* (39/2006).

Se os direitos económicos, sociais e culturais são verdadeiros direitos fundamentais de natureza constitucional, eles devem ter um conteúdo normativo mínimo que imponha aos poderes públicos, legislativo e executivo, algumas obrigações positivas de política económica e social cujo incumprimento configura uma inconstitucionalidade passível de controlo jurisdicional. Se assim não for, a legitimidade e a credibilidade dos direitos sociais, do Estado de direito e da própria Constituição podem estar em causa ⁹.

Por outro lado, não pode deixar se ser tida em linha de conta a limitação dos recursos financeiros públicos, que muitas das vezes impedem um nível ótimo de proteção dos direitos económicos, sociais e culturais ¹⁰. A alternativa aos referidos extremos aponta para a necessidade de a jurisdição constitucional proceder, em cada caso concreto, a um juízo de razoabilidade, que inclua uma definição de prioridades, à luz do valor da dignidade da pessoa humana ¹¹.

Encontramos um exemplo de aplicação desta abordagem numa decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul, na qual este órgão veio afirmar que o Estado não está obrigado a garantir habitação a todas as pessoas que a requeiram; mas está obrigado a adotar as medidas necessárias para garantir a tendencial realização do direito à habitação (numa ótica de longo-prazo), incluindo a adequada assistência social às pessoas

⁹ James Thuo GATHII, “Retelling Good Governance Narratives on Africa’s Economic and Political Predicaments: Continuities and Discontinuities in Legal Outcomes Between Markets and States”, 45, *Villanova Law Review*, 2000, 1927.

¹⁰ David LANDAU, “The Reality of Social Rights Enforcement” 53, *Harvard International Law Journal*, 2012, 189 ss.

¹¹ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy: what constitutions do*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, pp. 221 e ss.

sem meios económicos para garantir habitação para si e para a sua família (numa perspectiva de curto-prazo) ¹².

A jurisdição constitucional deve garantir ao menos o direito a um *mínimo social*, que decorre quer dos valores da dignidade da pessoa humana e da justiça, quer do princípio democrático, na medida em que este postula um grau mínimo de independência e de segurança para todas as pessoas ¹³.

A experiência sul-africana no exemplo citado mostrou que o legislador não apresentou, em tempo útil, um plano consistente para a realização do direito à habitação. Este facto obrigou o Tribunal Constitucional a um empenhamento mais intenso com a promoção dos direitos sociais, embora com resultados ainda não inteiramente satisfatórios ¹⁴.

3.1. Questões políticas e questões jurídicas

Os direitos económicos, sociais e culturais não podem ser considerados simples diretivas não vinculativas, proclamações de valor ou *questões políticas*, relapsas a todo e qualquer controlo da constitucionalidade.

Eles são direitos respeitantes a dimensões essenciais da existência humana (*v. g.* educação, saúde, habitação, segurança social), que protegem interesses fundamentais dos indivíduos

¹² *South Africa v. Grootboom*, 2001.

¹³ Cass SUNSTEIN, num olhar sob o prisma da democracia deliberativa, afirma que “[f]or people to be able to act as citizens, and to be able to count themselves as such, they must have the kind of independence that such minimal protection ensure” — *Designing Democracy: what constitutions do*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, p. 223.

¹⁴ Theunis ROUX, “Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa”, 7 *International Journal of Constitutional Law*, 2009, 106 ss. e 136 ss.; Brian RAY, “Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Rights Remedy”, 9 *Washington University Global Studies Law Review*, 2010, 399 ss.

e das suas famílias e cuja privação lhes causaria danos diretos, individualizáveis e substanciais. Por esse motivo, não procede aqui, em toda a sua extensão, a *doutrina da questão política* (*political question doctrine*) que, com base no princípio da separação de poderes, visa afastar a jurisdição constitucional da decisão de questões políticas ¹⁵.

A interpretação e densificação de alguns conceitos (*v. g.* ensino de qualidade) e a tomada de algumas opções fundamentais em matéria de direitos sociais (*v. g.* quantidade e modalidade de financiamento a escolas e hospitais públicos e privados) podem ser efetivamente questões políticas não justiciáveis. As mesmas podem e devem ser decididas pelos órgãos democraticamente legitimados, de preferência em diálogo com a população. Em questões deste tipo é certamente recomendável a autocontenção judicial.

Já não o é quando esteja em causa, por exemplo, a opção no sentido de transferir a totalidade ou boa parte da responsabilidade pela educação, a saúde, a habitação ou a segurança social para o sector privado, em termos que manifestamente

¹⁵ Esta doutrina surgiu na jurisprudência constitucional norte-americana, no caso *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), e assenta na distinção entre questões jurídicas, sujeitas a controlo da constitucionalidade, e questões políticas, não sujeitas a esse controlo. Neste caso, envolvendo a delimitação de círculos eleitorais, o Supremo Tribunal considerou que se está diante de questões políticas quando: *a)* o texto constitucional remeta uma questão para um decisor político; *b)* não seja possível formular critérios jurisdicionais de decisão; *c)* seja necessária uma prévia determinação de natureza claramente política; *d)* uma decisão jurisdicional traduza inevitavelmente um desrespeito pela devida interdependência de poderes; *e)* seja necessária a adesão inquestionável a uma decisão política previamente tomada, e *f)* haja o risco de múltiplos pronunciamentos contraditórios sobre a mesma questão por parte de várias instituições estatais. Como se pode ver, se o objectivo destes critérios era distinguir claramente entre questões jurídicas e políticas, eles deixam ainda muito a desejar.

prejudiquem a generalidade da população ou não tenham em conta a realidade concreta de alguns dos seus segmentos social, económica ou politicamente mais vulneráveis ¹⁶.

Levada ao extremo, a *doutrina da questão política* é incompatível com a primazia e parametricidade constitucional dos direitos sociais e com o princípio da interdependência e controlo recíproco dos poderes legislativo, administrativo e judicial. Nesses termos, a mesma pode ser indevidamente mobilizada para perpetuar a desigualdade, a iniquidade e a injustiça social.

Os juízes constitucionais não podem simplesmente alhear-se de questões fundamentais de igual dignidade, liberdade material dos cidadãos e justiça social com que a comunidade política se confronta, a pretexto de que as mesmas são questões políticas. Eles não podem ficar amarrados a uma leitura restritiva, formalista e conservadora dos direitos humanos e do Estado de direito. Se o fizerem, estarão eles próprios a fazer política e por sinal a servir os interesses das classes mais favorecidas.

3.2. Interpretação e controlo

A função de controlo da jurisdição constitucional torna-se especialmente importante quando poderosos interesses privados cobicem domínios importantes da prestação de serviços públicos. Ela pode desempenhar um papel fundamental na gestão dos recursos públicos e na prossecução do interesse público, nomeadamente do combate à pobreza extrema.

Algumas normas consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais são suficientemente densas e específicas para servirem de padrão de controlo à atuação estadual. Elas têm

¹⁶ Um exemplo, pode ver-se em *Tucker v. Toia*, 371 N.E.2d 449, 451, 452 (N.Y. 1977).

como objetivo tornar permanentes alguns objetivos fundamentais de política pública em domínios considerados essenciais para a existência e a dignidade dos cidadãos.

Algumas disposições constitucionais são suficientemente claras e específicas, circunscrevendo a discricionariedade do legislador e vinculando-a à realização do mandato constitucional positivo, o que facilita a sua interpretação e o controlo da sua observância. Se subsistirem dúvidas sobre o seu conteúdo, o Tribunal Constitucional pode e deve investigar se existem critérios, boas práticas, *standards*, padrões e *benchmarks*, internacionalmente reconhecidos e suficientemente densificados (*v.g.* saúde pública; educação adequada; segurança escolar; alocação dos recursos financeiros disponíveis).

Do mesmo modo, ele deve ter em consideração a informação produzida pelos poderes públicos sobre os recursos disponíveis, as medidas tomadas, a monitorização da sua execução e os progressos efetuados na realização dos direitos sociais¹⁷. Por esta via é possível obter importantes elementos para a densificação do parâmetro normativo de controlo da adequação, eficácia e eficiência da atuação estadual. É hoje dificilmente sustentável a tese de que não existem normas, padrões ou critérios para o controlo jurisdicional dos direitos sociais.

Na realização dos direitos económicos, sociais e culturais, o poder de conformação do legislador está longe de ser ilimitado, não sendo igualmente admissíveis todas as possibilidades e alternativas de política pública. O poder político-legislativo goza de uma margem de apreciação razoável na escolha de entre os vários meios que lhe permitam atingir os fins constitucionais, mas está-lhe vedado ignorar, enfraquecer, minar ou sabotar esses mesmos fins.

¹⁷ Michael C. DORF, Charles F. SABEL, “A Constitution of Democratic Experimentalism”, 98, *Columbia Law Review*, 1998, 267, 389 ss.

Ao mesmo deve exigir-se que explicite publicamente os fundamentos normativos e empíricos da sua atuação, isto é, os estudos em que se baseou, as alternativas que ponderou, as razões que presidiram às suas opções de política pública e as medidas que tem vindo a adotar para atingir os seus objetivos¹⁸. Ao poder judicial cumpre controlar se as medidas adotadas pelo legislador e a administração são razoavelmente adequadas aos fins constitucionais que pretendem servir e se estão efetivamente a contribuir para a sua prossecução.

3.3. Deferência sem abdicação

Os principais responsáveis pela realização dos direitos sociais são os poderes legislativo e executivo, dada a sua maior capacidade para representar interesses divergentes e assumir a responsabilidade política pelas suas decisões. Cabe-lhes em primeira linha a missão de formular políticas públicas e tomar decisões orçamentais sobre a angariação e alocação dos dinheiros públicos. Eles dispõem de condições institucionais adequadas à criação e execução de programas legislativos, administrativos, prestacionais e regulatórios capazes de atingir os vários segmentos da população.

A consagração dos direitos sociais pela Constituição não visa transferir a responsabilidade pela sua realização para o Tribunal Constitucional, em detrimento do legislador e do executivo democraticamente legitimados.

Muitas das normas que consagram os direitos sociais não são diretamente aplicáveis (*self-executing*), deixando importantes questões orçamentais, substantivas e procedimentais por resolver. Elas carecem da intervenção concre-

¹⁸ Neste sentido, *Mazibuko v. City of Johannesburg* 2010 (4) SA 1 (CC) para. 161 (S. Afr.).

tizadora e especificadora do legislador e da administração. As questões fiscais e orçamentais pertinentes devem ser decididas pelos representantes dos contribuintes no quadro do processo político ¹⁹.

Do catálogo de direitos sociais e do esquema constitucional de competências e funções, resulta que os poderes legislativo e executivo devem exercer as suas competências no âmbito dos objetivos e das atribuições que lhes são cometidos pela Constituição, gozando de uma ampla margem de conformação e contando com razoável deferência por parte da jurisdição constitucional. Ainda assim, esta não pode abdicar de dizer o direito e de funcionar como mecanismo de controlo recíproco de poderes ²⁰. Por outras palavras, deferência não quer dizer abdicação. Não obstante, a jurisdição constitucional deve ter os seguintes cuidados.

Por um lado, não lhe cabe proceder a uma *sobre-interpretação* dos direitos sociais tornando irrealisticamente exigente, rígido e inflexível o parâmetro constitucional de controlo. O legislador e a administração devem ter uma razoável liberdade de conformação, discricionariedade e flexibilidade para ponderar constelações cambiantes de interesses e responder dinamicamente aos problemas e às circunstâncias da governação ²¹.

¹⁹ Edward C. MOSCA, “The Original Understanding of the New Hampshire Constitution's Education Clause”, 6 *Pierce Law Review*, 2007, 209, 242.

²⁰ South Africa v. Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) at 61 para. 83 (S. Afr.).

²¹ Em sentido convergente, na jurisprudência constitucional sul-africana, Mazibuko v. City of Johannesburg 2010 (4) SA 1 (CC) para. 161 (S. Afr.), onde se sustenta que

“[t]he Constitution does not require government to be held to an impossible standard of perfection. Nor does it require courts to take

Por outro lado, não é a jurisdição constitucional que tem, em primeira linha, a função de corrigir as inconstitucionalidades assinaladas na realização dos direitos sociais. Uma vez declarada uma inconstitucionalidade, cabe em primeira linha ao legislador e ao executivo tomar as medidas positivas necessárias à sua correção. Sem que isto signifique que a jurisdição constitucional se deva alhear da questão.

Embora os tribunais devam manifestar uma razoável deferência para com as decisões do legislativo e do executivo em matéria de direitos sociais, essa deferência não pode ser total ou absoluta, deixando os poderes estaduais livres para ignorarem o seu mandato constitucional.

Ainda que se entenda que os órgãos político-legislativos têm áreas de competência com uma circunferência de dimensão muito razoável, que o poder judicial tem que respeitar, pode haver casos em que a respetiva conduta é tão extrema ou tem um impacto tão grave, atroz ou opressivo que se deve considerar que os mesmos excederam a sua autoridade, justificando-se aí a intervenção judicial ²².

Quando a omissão ou a ação do legislativo e do executivo sejam contrárias ou manifestamente desadequadas à realização das finalidades constitucionais substantivas, não está excluído que a jurisdição constitucional assuma um papel em maior medida dirigente e conformador na realização dos direitos sociais. Assim será, nomeadamente, quando se trate de inter-

over the tasks that in a democracy should properly be reserved for the democratic arms of government. Simply put, through the institution of the courts, government can be called upon to account to citizens for its decisions.”

²² Em termos muito próximos, veja-se a declaração de voto do juiz Souter no caso *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

pretar normas de direitos sociais contendo imposições legiferantes altamente concretas e específicas ou mesmo abstratas e permanentes e invalidar normas legislativas e regulamentares de sentido contrário.

O Tribunal Constitucional poderá, nalguns casos, invocar o princípio da igualdade formal ou material para generalizar a outras categorias de pessoas os benefícios ou vantagens sociais de um regime existente, previsto para uma determinada categoria.

Haverá lugar, por vezes, a uma verificação da inconstitucionalidade por omissão, eventualmente acompanhada de algumas considerações sobre o significado dos direitos sociais em presença e as falhas políticas no processo de realização dos direitos sociais em presença, acompanhadas de recomendações sobre o seu modo de realização.

A realização dos direitos sociais é igualmente suscetível de exigir a anulação de medidas legislativas e regulamentares diretamente violadoras dos direitos sociais, nomeadamente as que negam, cortam ou retiram benefícios ou que põem em causa dimensões essenciais dos direitos sociais ²³.

²³ Um exemplo pode ver-se na decisão do Tribunal Constitucional colombiano, C-747/99 de 6-10-1999, que num momento de grave crise financeira e de crédito hipotecário, em que a súbita elevação da taxa de juro ameaçava pôr em risco o direito à habitação de centenas de milhares de famílias, declarou a inconstitucionalidade da lei que regulava o sistema de crédito à habitação, depois de audiências públicas prolongadas de alcance quase legislativo. Antes dessa sentença o mesmo tribunal já havia decidido vários casos concretos, no âmbito da tutela individual, e dado instruções ao banco central, através da sentença C-383/99, de 27-5-1999, sobre a fixação da taxa de juro do crédito à habitação. Sobre esta problemática, Kim Lane SCHEPPELE, "Democracy by Judiciary. Or, Why Courts Can be More Democratic than Parliaments", *Rethinking the Rule of Law After Communism*, "Adam CZARNOGA et al. eds., Budapest, 2005, 25, 49 ss.

Em todas estas modalidades de intervenção judicial requer-se uma atenção especial aos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e económico. Elas pretendem orientar os poderes político, legislativo e administrativo para a devida consideração dos interesses das populações e a promoção de um certo tipo de debate e deliberação em torno deles. Embora seja de evitar, não se pode excluir à partida um conflito político sério entre a jurisdição constitucional e os demais poderes do Estado quando estes insistam em desconsiderar os imperativos constitucionais que sobre eles impendem.

4. Perspetivas para o futuro

Embora não se possa ignorar os problemas de legitimidade democrática e adequação institucional que rodeiam a intervenção dos tribunais no âmbito dos direitos sociais, estamos indiscutivelmente diante de uma área do direito constitucional aberta à inovação em matéria de remédios. É provável que se observem desenvolvimentos interessantes nos próximos anos, no que toca à utilização de remédios individuais e coletivos e injunções negativas ou positivas, simples ou complexas, moderadas ou radicais, normais ou urgentes.

O constitucionalismo nacional e internacional dá mostras, neste domínio, de grande inconformismo e dinamismo. Existe hoje evidência empírica que mostra que os tribunais constitucionais podem desempenhar um papel ativo na promoção dos direitos sociais, verificando-se que alguns receios sobre o seu alegado défice de legitimidade e adequação institucional se mostram infundados. Alguma experiência comparada, em Estados como a África do Sul, o Brasil, a Colômbia ou a Índia, parece abrir várias avenidas de intervenção judicial, que devem ser analisadas com atenção pela doutrina constitucional.

Por um lado, pode haver lugar para um papel arbitral, por parte da jurisdição constitucional, na procura de soluções sociais amigáveis negociadas entre as comunidades mais vulneráveis e os poderes legislativo e administrativo. Esta solução tem sido tentada nalguns quadrantes, como é o caso da África do Sul, embora ainda possa ser melhorada ²⁴.

Por outro lado, como a experiência indiana denota, uma intervenção judicial um pouco mais agressiva, do ponto de vista jurídico e social, nomeadamente em matéria de injunções ou mandados judiciais, comissões de inquérito, comissões socio-jurídicas de monitorização ou agências de supervisão da execução de sentenças, pode desempenhar uma função relevante na melhoria das condições de vida dos indivíduos e das comunidades mais necessitadas ²⁵.

Por vezes, a intervenção judicial em casos individuais tem o mérito de forçar a efetivação de transformações legislativas e administrativas indispensáveis à promoção dos direitos sociais dos mais vulneráveis. Mas também é bom quando ela permite acudir aos casos individuais mais graves e urgentes sem exigir a reformulação de toda uma política pública ²⁶.

É particularmente sugestiva, do mesmo modo, a aplicação da doutrina do *estado de coisas inconstitucional*, tal como sucede na Colômbia e nalgumas outras ordens jurídicas. De acordo com esta doutrina, o Tribunal Constitucional pode

²⁴ Veja-se, por exemplo, Rosalind DIXON, “Creating Dialogue about Socio-economic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited”, 5 *International Journal of Constitutional Law*, 2007, 391 ss.

²⁵ Charles Manga FOMBAD, “Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects”, 59 *Buffalo Law Review*, 2011, 1007 ss. 1074 ss.; H. Kwasi PREMPEH, “Africa's “Constitutionalism Revival”: False Start or New Dawn?”, 5 *International Journal of Constitutional Law*, 2007, 469 ss.

²⁶ LANDAU, *The Reality of Social Rights Enforcement...*, cit., 192 ss.

emitir injunções estruturais dirigidas à administração, para que esta proceda a alterações estruturais de política pública numa determinada área em ordem a melhor realizar os direitos sociais. Ele começa por recolher toda a informação relevante para, num segundo momento, emanar injunções detalhadas.

O tribunal mantém, durante algum tempo, uma função de supervisão em ordem a garantir o cumprimento das injunções por ele prolatadas. Ao mesmo tempo, ele realiza audiências públicas periódicas para proceder à avaliação do impacto social, administrativo e financeiro das medidas adotadas. Esta solução tem o mérito de *a)* ajudar a resolver problemas estruturais, em que os poderes competentes foram omissos ou relapsos, sem congestionar o poder judicial e o próprio Tribunal Constitucional; *b)* contribuir para correção de desigualdades e injustiças sociais graves e *c)* identificar e combater situações de *falha regulatória* ostensiva e sistemática ²⁷.

As modalidades de atuação mais proativa da jurisdição constitucional não apresentam a mesma eficácia em todas as áreas. No entanto, elas têm tido o efeito positivo de estimular o debate democrático em torno dos problemas sociais e reforçar a posição da sociedade civil em face do poder político. Elas mostram que a jurisdição constitucional deve ser olhada com uma mente aberta, de forma a melhor explorar as suas potencialidades, seja no âmbito do direito constitucional vigente, seja no quadro de futuras revisões constitucionais.

²⁷ Referindo-se ao exemplo colombiano, LANDAU, *The Reality of Social Rights Enforcement...*, cit., 222 ss., salienta o modo como esta técnica foi utilizada para resolver a questão dos deslocados internos por causa da guerrilha das FARC e para reformar todo o sistema de saúde pública.

A evidência empírica disponível, de que a África do Sul, a Índia ou a Colômbia são apenas uma pequena amostra, permite hoje concluir, sem margem para dúvidas, que uma medida razoável de (aparente) *ativismo judicial e politização dos tribunais*, a despeito de todas as críticas que lhes são geralmente dirigidas, pode favorecer o desenvolvimento constitucional, o fortalecimento das instituições estaduais e a promoção dos direitos humanos e da justiça social. À semelhança do que é recomendável para a generalidade dos países, Angola pode seguir atenta e criticamente estas experiências.

Resumo: Mesmo uma análise superficial da doutrina constitucional que se preocupa com a justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais permite concluir que existe margem para uma dose razoável de ativismo judicial neste domínio. Embora a justiça constitucional deve mostrar uma deferência significativa para com os poderes orçamental, legislativo e executivo, em nome da democracia, da separação de poderes e da adequação institucional, ela não pode abdicar da sua função de garantia das finalidades constitucionais substantivas respeitantes garantia dos pressupostos materiais da existência da generalidade dos cidadãos, com especial atenção para os mais vulneráveis. A prática de vários países mostra que se trata aqui de uma questão longe de ser resolvida e onde são de esperar desenvolvimentos significativos no futuro.

Palavras-chave: direitos sociais; justiça constitucional; controlo da constitucionalidade.

Brief remarks on the justiciability of social rights

Abstract: Even a cursory review of constitutional doctrine that concerns itself with the justiciability of economic, social and cultural rights leads to the conclusion that there is room for a reasonable dose of judicial activism in this area. Although constitutional jurisdiction must show a significant deference to the budgetary, legislative and executive powers, in the name of democracy, separation of powers and institutional adequacy, it cannot abdicate its function of guaranteeing the attainment of substantive constitutional purposes concerning the

material conditions of existence of human beings, with special attention for the most vulnerable. The practice of several countries shows that this is a matter far from resolved and where we can expect significant developments in the future.

Keywords: social rights; constitutional justice; judicial review.

Jónatas E. M. Machado

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Paulo N. Costa

Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa

Esteves C. Hilário

Faculdade de Direito de Universidade Metodista de Angola