

A exigibilidade dos direitos sociais

Claiming social rights

PEDRO TIAGO FERREIRA

Licenciatura em Línguas e Literaturas Modernas - Estudos Ingleses e Espanhóis pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Mestrado em Políticas Europeias pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Mestrado em Teoria da Literatura pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduação em Ética, Direito e Pensamento Político pelas Faculdades de Letras e de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduação em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrando em Teoria do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atividade profissional: formador de língua inglesa, espanhola e Direito (trabalhador independente).
pedrotsferreira@yahoo.com

RESUMO O objetivo deste ensaio é discutir a exigibilidade jurídica e moral dos direitos sociais. Assentando em uma concepção de justiça que implica a proteção da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, o argumento procura demonstrar que os direitos sociais são um meio idôneo que o Estado pode utilizar para efetivar a justiça, mas não são um fim em si mesmos. Isto significa que o Estado não está moralmente adstrito a positivar direitos sociais, podendo, se assim o entender, proteger a vida, a liberdade e a dignidade de cada um por outros meios que não passem pela outorga de direitos sociais. Esta posição não implica uma defesa do Estado minimalista. O objetivo é o de demonstrar que tanto o Estado social como o Estado minimalista são injustos, embora o grau de injustiça do último seja muito superior ao do primeiro, na medida em que, por opor-se a toda e qualquer distribuição de riqueza para

além da essencial para manter o funcionamento de órgãos de polícia e de tribunais, acaba por não proteger a vida, a liberdade e a dignidade das pessoas. O Estado social incorre em um tipo de injustiça diferente, a saber, o de redistribuir a riqueza, por meio da cobrança coerciva de impostos, muito além do que exige a justiça, conforme entendida no âmbito deste trabalho.

Palavras-chave: JUSTIÇA; DIREITOS MORAIS; DIREITOS SOCIAIS; LIBERDADE; DIGNIDADE; PESSOA HUMANA.

ABSTRACT The purpose of this essay is to discuss whether or not one has a legitimate moral and legal claim to social rights. Building on a conception of justice, which implies the protection of life, liberty and dignity of the human person, the argument seeks to demonstrate that social rights are but a means the state can use to achieve justice, and not an end in themselves. This means that the state is not morally bound to promulgate social rights into positive law, as it can protect the life, liberty and dignity of each person through any other means it finds more convenient. This stance does not imply a defense of the minimal state. The aim is to demonstrate that both the social state and the minimal state are unjust, although the degree of injustice present in the latter is much higher than in the former. By opposing the admissibility of any distribution of wealth beyond what is required in order to maintain a police force and courts, the minimal state shuns its moral responsibility of protecting the life, liberty and dignity of people. The social state incurs in a different kind of injustice, as it redistributes wealth by collecting taxes far beyond what justice requires.

Keywords: JUSTICE; MORAL RIGHTS; SOCIAL RIGHTS; LIBERTY; DIGNITY; HUMAN PERSON.

INTRODUÇÃO

Existe uma querela que opõe aqueles que consideram os direitos sociais como direitos subjetivos, exigíveis em tribunal, àqueles que consideram que as regras jurídicas que consagram a existência de di-

reitos sociais, positivadas, por exemplo, em constituições ou em instrumentos de direito internacional (sejam os mesmos vinculativos ou não), são apenas e só normas programáticas, e, por isso, não são diretamente exigíveis em tribunal, visto que não são normas criadoras de direitos subjetivos, mas, sim, normas que obrigam o legislador a criar esses mesmos direitos. Há, por outro lado, vários autores que tomam uma posição intermediária, a saber, a de que os direitos sociais são direitos subjetivos cuja efetivação depende da reserva do financeiramente possível. São, por conseguinte, exigíveis em tribunal, mas sua concreta efetivação depende de um juízo de oportunidade financeira a realizar pelo Estado. Esta posição é, por vezes, apontada como uma possível solução para a querela acima mencionada; contudo, como teremos oportunidade de demonstrar na primeira seção deste estudo, estamos apenas perante uma terceira posição, que pode, sem dúvida, ser vista como uma síntese das outras duas, mas de modo nenhum pode ser encarada como uma solução, visto que, tal como as outras duas posições, também esta posição intermediária não responde àquela que é, no nosso entender, a questão de fundo: em Estado de Direito, que concepções acerca da natureza dos direitos sociais são admissíveis? Como teremos oportunidade de ver, a hipotética exigibilidade dos direitos sociais depende da resposta que se dê a esta questão.

Parece-nos que uma resposta a esta pergunta passa por deixar de circunscrever o estudo da hipotética exigibilidade jurídica dos direitos sociais às fontes do direito positivo; esta análise, circunscrita ao direito positivo, é uma tarefa filosoficamente improfícua, na medida em que não permite tirar conclusões universalmente aplicáveis. Dito por outras palavras, como questão de direito positivo é perfeitamente possível, e, com efeito, natural que assim seja, que se chegue à conclusão de que, no Estado “A”, os direitos sociais são direitos subjetivos, no Estado “B”, normas programáticas e, no Estado “C”, entenda-se por bem adotar a solução intermediária. Estudar esta temática por este prisma será, seguramente, essencial na resolução de casos concretos por parte dos tribunais que fazem parte da ordem interna do Estado onde os litígios surjam; todavia, esta forma de encarar o problema não dá quaisquer in-

dicações para resolver a questão de fundo acima mencionada. Para que melhor se entenda o que está em jogo, lancemos, ainda que de relance, um olhar sobre algumas das possíveis respostas:

1. a questão formulada carece de sentido porque, independentemente da concepção que se julgue ser filosoficamente admissível ou adequada, o Estado só poderá satisfazer as pretensões das pessoas que se encontrem sob a sua jurisdição na medida do financeiramente possível. De nada serve, por conseguinte, estabelecer que os indivíduos têm direitos subjetivos – por exemplo, ao subsídio de desemprego ou à prestação de cuidados de saúde (tendencialmente) gratuitos – se o Estado não tiver capacidade financeira para o fazer;
2. o Estado tem a obrigação moral, derivada dos mais elementares princípios de justiça, de proteger a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Tal só pode ser conseguido por meio da criação de condições que possibilitem uma vida desafogada, bem acima do limiar de pobreza, que permita a cada indivíduo efetuar escolhas em liberdade, i.e., sem se encontrar coagido a ter que aceitar, por exemplo, um emprego que obrigue o trabalhador a efetuar a sua prestação em condições degradantes. Para que se possa viver uma vida substancialmente, e não apenas formalmente, livre e digna, o Estado encontra-se adstrito a outorgar certos direitos àqueles que habitem no seu território. Os chamados direitos de liberdade, ou direitos de primeira geração, não são suficientes para garantir a proteção de uma vida livre e digna, dado que tal desiderato só é alcançável por meio da atribuição, às pessoas, de certos direitos sociais tidos como fundamentais, cuja função é a de suprir as lacunas deixadas pelos direitos de liberdade, ou seja, promover uma igualdade substancial, de meios, e, portanto, de fato, e não apenas uma igualdade formal que permita, tanto a ricos como a pobres, dormir debaixo das pontes. Por estas razões, os direitos sociais não só não podem deixar de ser direitos subjetivos, como o Estado não tem sequer a opção política de

não os consagrar e efetivar no e por meio do direito positivo, a nível constitucional;

3. em virtude precisamente de, tal como avançado no item anterior, o Estado ter uma obrigação moral de proteger a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, é-lhe imoral fazê-lo por meio de um esquema de redistribuição de recursos entre os cidadãos. A proteção de uma vida livre e digna impede o Estado de confiscar *qualquer* parte do patrimônio de um cidadão com o intuito de a redistribuir por cidadãos carentes. Dito por outras palavras, é imoral e, por isso, a todos os títulos inaceitável que o Estado use o seu aparelho institucional coercivo para obrigar os cidadãos a contribuírem para a sobrevivência e bem-estar de outros cidadãos. Os defensores desta posição alegam normalmente que não existe nada de imoral em um Estado minimalista, i.e., um Estado que se limita a manter a segurança dos seus cidadãos por meio da ação penal e da possibilidade de execução coerciva de contratos de direito privado livremente celebrados. Por conseguinte, quaisquer impostos cobrados só serão legítimos nos quadros de um Estado minimalista, o que significa que só é moralmente lícito cobrar impostos para manter o funcionamento de órgãos de polícia, tribunais e de outros funcionários indispensáveis ao bom funcionamento de cada um destes organismos. Assim, o Estado prestacional é moralmente inaceitável porque é inerentemente violador da liberdade de disposição do patrimônio que cada um legitimamente vai adquirindo ao longo da sua vida, o que acaba, igualmente, por afetar a sua dignidade, visto que os recursos necessários à ajuda dos mais carentes têm, necessariamente, que ser provenientes de parte do patrimônio daqueles que não necessitam de qualquer ajuda, mas que têm que contribuir, inclusive contra a sua vontade;
4. a obrigação moral que o Estado tem de proteger a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana pode ser alcançada por qualquer meio idôneo. Isto significa que o Estado não está, de

forma alguma, vinculado a enveredar por quaisquer caminhos ou opções políticas previamente estabelecidos pelos princípios de justiça que o obrigam a proteger a vida, a liberdade e a dignidade de todas as pessoas humanas, visto que estes princípios apontam para resultados, mas não para meios de os alcançar. Daqui decorre que o Estado não tem qualquer obrigação moral em outorgar e efetivar quaisquer direitos, sejam eles fundamentais ou não, se se entender por tal que os direitos são um fim. Ora, de nada vale ter direito à participação política (direito de liberdade) ou à pensão de invalidez (direito social) se a outorga e efetivação destes direitos não se traduzirem em uma vivência livre e digna por parte do cidadão. Viver em liberdade e com dignidade é o *fim* que o Estado visa atingir, usando como *meios* para fazê-lo, a outorga e efetivação de direitos, fundamentais ou não, de liberdade ou sociais. Assim, na medida em que os direitos sociais em particular, como, de resto, todos os direitos em geral, são somente meios para atingir os fins acima mencionados, mas não fins em si mesmos, seria incongruente defender que as pessoas têm um direito moral a que determinadas prestações sociais sejam asseguradas pelo Estado e, por conseguinte, que têm um direito moral a que os direitos sociais sejam positivados em instrumentos de direito internacional, na constituição do Estado ou na sua lei ordinária. Nada impede o Estado de fazê-lo, mas nada o obriga. O Estado pode cumprir a sua obrigação de defesa e preservação da vida, da liberdade e da dignidade de todas as pessoas humanas que se encontrem sob a sua jurisdição como bem entender. Se o entender fazer por meio da outorga e efetivação de direitos em geral, e de direitos sociais em particular, poderá fazê-lo. É, no entanto, importante que se perceba que, caso opte por cumprir esta sua obrigação usando outros meios, é igualmente livre para fazê-lo.

Após a análise da querela que opõe aqueles que defendem que os direitos sociais são direitos subjetivos àqueles que os qualificam como normas programáticas, a segunda seção deste estudo será dedicada à fundamentação da asserção segundo a qual o Estado tem a obrigação de proteger a vida, a liberdade e a dignidade dos seres humanos que se encontram sob a sua jurisdição. Estabelecida a existência desta obrigação moral, na terceira seção será exposto um argumento que justificará as razões pelas quais as consequências que daí advêm são as presentes na resposta 4, que acaba por ser uma resposta que conjuga o imperativo moral que o Estado tem de assegurar uma vivência livre e digna às pessoas com o imperativo moral de não fazer uma redistribuição da riqueza para além do estritamente necessário para cumprir a primeira obrigação moral. A resposta 1 pode ser refutada desde já.

Estamos a crer que esta resposta cai em um erro lógico, a saber, o de derivar uma proposição de dever-ser a partir de uma proposição da ordem do ser. Com efeito, é condição necessária da efetiva prestação de um direito social que o Estado esteja em condições econômicas de fazê-lo. Este estado fático de coisas não nos ajuda, no entanto, a responder à questão de saber se o Estado deve, ou não, de um ponto de vista moral, conceder direitos sociais às pessoas que vivem sob a sua jurisdição. É trivial arguir que uma obrigação moral está interligada com as possibilidades financeiras da sua concreta efetivação. Sendo proposições da ordem do dever-ser, as obrigações morais mantêm-se em todas e quaisquer circunstâncias, sem embargo de a sua *efetivação concreta* não poder ser realizada por falta de condições econômicas. Dito por outras palavras, se, de fato, o Estado estiver moralmente adstrito a outorgar direitos sociais às pessoas, a impossibilidade financeira de fazê-lo não o exonera dessa obrigação. Ao contrário do que acontece no Direito Civil, no qual a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação é causa extintiva dela (no limite, pela insolvência do devedor), na Filosofia Moral, a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação moral não exonera o hipotético devedor da sua obrigação; apenas torna inexigível o seu *cumprimento*. Isto significa que, assim que houver, ou voltar a haver, condições para que a obrigação moral se cumpra, este cumprimento torna a ser exigível em virtude de a obrigação nunca se ter extinguido.

ENTRE DIREITOS SUBJETIVOS E NORMAS PROGRAMÁTICAS

Apurar a natureza dos denominados “direitos sociais” é fundamental para se entender se eles serão juridicamente exigíveis. À partida, tal discussão não teria razão de ser em Estados onde os direitos sociais são positivados pela ordem jurídica, inclusive, em não poucos casos, com assento constitucional. No entanto, como observam Victor Abramovich e Christian Courtis, o fato de os direitos sociais estarem consagrados em listas constitucionais de direitos fundamentais e em instrumentos de direito internacional não é condição suficiente para a sua efetivação:

Ainda que os principais direitos econômicos, sociais e culturais tenham sido consagrados em diversas constituições e – no plano internacional – em numerosos instrumentos, o seu reconhecimento universal como direitos plenos não será alcançado até que se superem os obstáculos que impedem a sua adequada *justiciabilidad*, entendendo-se por tal a possibilidade de reivindicar perante um juiz ou um tribunal de justiça o cumprimento de pelo menos algumas das obrigações que derivam do direito.¹ (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 37. Grifos dos autores. Tradução da nossa responsabilidade).

Assim, os direitos sociais só alcançarão o estatuto, para utilizar a terminologia dos autores, de “direitos plenos” na medida em que o seu cumprimento seja exigível em tribunal. Esta concepção da “plenitude” de um direito equivale à noção de “direito subjetivo” avançada por Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão (2000, p. 10), para quem “o direito como poder de cada qual agir ou exigir um comportamento de outrem chama-se direito subjectivo”. Naturalmente, o “poder de exigir” algo de outrem é coercivo, o que significa, nos parâmetros de um dado

¹ Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y – en el plano internacional – en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada *justiciabilidad*, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho.

modelo de Estado, que é possível ao detentor do direito, em caso de não cumprimento por parte de quem recaia o correspondente dever, recorrer a autoridades públicas, *maxime* aos tribunais, o que surge como consequência do fato de o esquema estadual apenas permitir a autotutela em casos muito especiais, nomeadamente aqueles em que a impossibilidade de recurso às autoridades públicas em tempo útil implica a destruição, ou a inutilização, do direito em questão.

Não é, contudo, consensual que os direitos sociais sejam direitos plenos, ou subjetivos, visto que há quem defenda que eles são normas programáticas. Para os defensores desta posição, poder-se-á, quanto muito, obrigar o Estado a tomar medidas para preencher esta lacuna, na medida em que ela se traduza em uma inconstitucionalidade por omissão. Contudo, as normas programáticas, por carecerem de efeito direto, são incapazes, por si sós, de tutelar os interesses dos cidadãos, visto que não outorgam direitos subjetivos.

Há, no entanto, uma maneira simples de superar esta querela. Conforme observa Jorge Reis Novais,

[e]lemento essencial da definição estrutural e material dos direitos sociais é o facto de que incluem, verificadas as condições de carência material pessoal, a imposição ao Estado da obrigação de uma prestação fática que ou consiste numa subvenção financeira [...] ou tem custos financeiros directos associados à criação e disponibilização de instituições, serviços ou estruturas que permitem o referido acesso aos bens económicos, sociais ou culturais. [...] Ora, numa situação de *escassez moderada* de recursos (Rawls) de que o Estado pode dispor, há sempre esse condicionamento inevitável: a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico facticamente dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das duas disponibilidades económicas, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*.

Dizia-se, na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão, que a “reserva do possível” que afectava os direitos sociais os limitava àquilo *que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade*. [...]

[N]essa limitação material do *razoável* vinha também explicitada a dependência da responsabilidade do legislador na feitura do orçamento e, logo, implicitamente considerada a relevância do custo da prestação em causa e dos recursos ao dispor do Estado, pelo que, a final, a *reserva do possível* acabaria por ser perspectivada quase exclusivamente em torno das disponibilidades do Estado e a identificar-se com aquilo que a doutrina identificava anteriormente como sendo uma *reserva constitucional da efectiva capacidade de prestação* do Estado. [...]

Assim a *reserva do possível* passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos necessários recursos; daí a designação mais expressiva de *reserva do financeiramente possível*. (NOVAIS, 2010, p. 89-91. Grifos do autor).

A partir destas considerações de Reis Novais, pode-se retirar a seguinte conclusão: os direitos sociais são direitos subjetivos e, por isso, são juridicamente exigíveis, podendo-se recorrer aos tribunais para garantir a sua efetivação, mas essa mesma efetivação encontra-se condicionada pela “reserva do financeiramente possível”. Isto equivale a defender que os direitos sociais não são, afinal, nem direitos subjetivos, nem normas programáticas, mas, sim, um *tertium genus* que se encontra entre uns e outras. Com efeito, não é lícito, neste entendimento, ao Estado recusar a prestação invocada pelo particular usando as razões próprias para recusar a aplicação direta de normas programáticas, mas, por outro lado, o particular também não tem direito a receber do Estado uma prestação nos mesmos termos em que teria direito a receber a entrega da coisa por si adquirida por meio, por exemplo, da celebração de um contrato de compra e venda.

QUE DIREITOS DECORREM DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA?

De um ponto de vista positivista, poderá, *prima facie*, parecer supérfluo estabelecer, ou tentar estabelecer, se os cidadãos têm um direito moral a direitos sociais. Por um lado, se a concessão de direitos sociais não constituir um imperativo moral, o Estado não deixa, por este fato, de ter a liberdade de outorgá-los aos seus cidadãos, e, se o fizer, os cidadãos passam a usufruir de direitos jurídicos cuja satisfação é, à luz do Direito, obrigatória para quem se encontre onerado com o respectivo dever, ou seja, para o Estado. Por outro lado, se, por hipótese, se chegar à conclusão de que a concessão e satisfação de direitos sociais constitui um imperativo moral ao qual o Estado se encontre adstrito, ainda assim o Estado terá que positivizar esses mesmos direitos, isto é, terá que os transpor da ordem moral para a ordem jurídica, de forma a que eles sejam exigíveis juridicamente. Isto significa que, se o Estado não cumprir a sua obrigação moral e não positivizar os direitos sociais, ou se os positivizar não como direitos, mas, sim, como normas programáticas, os cidadãos não poderão exigí-los juridicamente. O corolário deste raciocínio é, portanto, o de que estabelecer, ou tentar estabelecer, a obrigatoriedade moral de concessão e satisfação de direitos sociais é fútil, na medida em que estes só são juridicamente exigíveis nos termos em que o Estado os positiviza na respetiva ordem jurídica, sendo indiferente o conteúdo dos preceitos morais que incidam sobre esta questão.

Este raciocínio esquemático afigura-se-nos, sem embargo, demasiado simplista, visto que não fornece uma explicação fidedigna das complexas relações que, ao longo da história, se foram formando entre o Direito natural e o Direito positivo. Com efeito, é importante determinar se os direitos sociais são, ou não, direitos morais, na medida em que, caso o sejam, os cidadãos poderão, *possivelmente*, exigir ao Estado que os positivize na ordem jurídica, tornando-os direitos jurídicos positivos. Para averiguar se esta possibilidade pode, ou não, tornar-se uma realidade é necessário que a investigação comece por uma consideração de ordem mais geral, a saber, a de estabelecer se o Direito está, ou não, adstrito à Moral, ou, pelo menos, a uma parte desta. Dito por outras

palavras, é necessário perceber se há, ou não, direitos morais que, pela sua importância, não podem deixar de ser positivados na ordem jurídica. Em caso de resposta afirmativa, então poderemos investigar até que ponto os direitos sociais farão, ou não, parte desse hipotético lote de direitos morais que o direito positivo não pode deixar de efetivar. Se assim for, os cidadãos terão direito a determinadas prestações sociais de cariz fundamental, mesmo que o Direito positivo, por meio da Constituição do Estado ou da lei ordinária, não as outorgue.

É nossa contenção que o Direito tem, impreterivelmente, que proteger a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana porque estes três valores integram o núcleo da justiça. Josef Esser (apud MACHADO, 2013, p. 32-33) escreve que “[o] Direito apenas é ordem (ordenamento) enquanto esta pode ser referida à ideia de Direito, enquanto aspira a realizar esta ideia”, sendo que esta mesma ideia “exige uma ordem *com determinado sentido, uma ordem justa*”. Por este motivo, João Baptista Machado (2013, p. 33) acrescenta que

nenhuma ordem jurídica se encontra que não leve inscrita em si, pelo menos, uma *pretensão de validade*, no sentido de pretensão de justiça. Donde resultará que toda e qualquer ordem jurídica deve ser confrontada (e entendida de acordo) com essa sua pretensão (postulação) intrínseca. (Grifos do autor)

Esser e Baptista Machado referem-se a aspectos materiais da ideia de Direito, que derivam do valor justiça. Não existe, de um ponto de vista material, uma concepção unívoca de Direito, passível de ser universalmente aplicada e seguida. A maneira como o Direito é concebido é variável no tempo e no espaço, sendo que fatores contingentes, de ordem histórica, sociológica, política, teológica, filosófica ou ética, entre muitos outros, influem na formação da concepção material de uma dada ideia de Direito. Existem, no entanto, certas características que fazem com que determinada ideia seja, precisamente, uma *ideia de Direito*, o que significa que, independentemente dos fatores contingentes acima referidos a título de exemplo, bem como da era ou do local em que surja, uma ideia

de Direito tem, necessariamente, que conter certos princípios e valores, de forma a poder ser qualificada *como* ideia de Direito, e não como mero uso da força por parte de quem detenha, circunstancialmente, o poder.

Não excluimos a possibilidade de outros valores e princípios poderem emanar de uma determinada concepção de justiça; o ponto onde pretendemos chegar é o de que *todas* as concepções de justiça incluem, necessariamente, no seu núcleo a proteção da vida, da liberdade e da dignidade do ser humano. Todos os outros valores e princípios que derivem de determinada concepção de justiça são contingentes e, por isso, variáveis no tempo e no espaço. Na medida em que uma ideia de Direito leva, em si mesma, o desiderato de alcançar a justiça, o Direito tem que proteger, igualmente, os três valores primordiais da justiça.

O Direito é, contudo, mais amplo do que a justiça. Isto significa que, em uma determinada ordem normativa poderão existir normas jurídicas axiologicamente neutras (v.g. conduzir pelo lado direito da estrada), bem como algumas normas jurídicas injustas. Estas normas serão tão válidas quanto as normas justas, desde que a sua injustiça não suprima ou restrinja *arbitrariamente* a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. De um ponto de vista material, portanto, o Direito não tem que ser *totalmente* justo, o que é facilmente compreensível a partir do momento que se entenda que a administração da justiça não é o único desiderato do Direito, apesar de, indubitavelmente, ser o mais importante. O Direito visa também garantir a segurança das pessoas, bem como a sua convivência em sociedade, o que, pontualmente, poderá implicar o sacrifício de certos valores e princípios emanados pela justiça. Não poderá, no entanto, suprimir ou restringir, arbitrariamente, a vida, a liberdade e a dignidade das pessoas. Se o fizer, a ordem normativa não será Direito, mas apenas força.

Estamos em crer que, historicamente, as tentativas de alcançar uma definição geral do conceito de justiça têm contribuído para a exacerbação de um debate supérfluo, na medida em que se tenta incluir na definição deste conceito, que se tem por universal, certos aspetos meramente contingentes e, portanto, não universais. Isto faz com que não exista concordância em relação ao conteúdo da ideia de justiça, a tal ponto que Miguel Reale (2003, p. 197), após uma descrição histórica da evolução do conceito, chega à conclusão de que

é mister abandonar tanto o propósito de alcançar uma ideia universal de justiça como o de reduzi-la a um conjunto de perspectivas ou de requisitos formais, capazes de legitimar as relações jurídicas, pois ela é inseparável de sua concreta projecção na experiência.

Isto, contudo, só acontece, na nossa opinião, devido, precisamente, ao fato de se tentar enquadrar, em uma definição *universal* de justiça, princípios e valores contingentes que, por conseguinte, são inseparáveis da sua “concreta projecção na experiência”. A partir do momento em que isto se faça, a concepção da justiça passa, automaticamente, a ser historicamente contingente, o que leva a duas consequências, a saber: 1) os aspetos materiais da ideia de Direito podem variar no espaço – aquilo que é considerado justo na Europa, por exemplo, poderá não o ser no Oriente Médio, e vice-versa; 2) o conceito de justiça varia no tempo, pelo que, em um dado local, aquilo que contemporaneamente é considerado justo poderá não o ter sido no passado, sendo possível que deixe de o ser no futuro. Deste ponto de vista, basear uma concepção de Direito na ideia de justiça, conforme advogado por Esser e por Baptista Machado, revela-se uma fórmula vazia, na medida em que, potencialmente, a justiça poderá ter qualquer conteúdo e, portanto, não funciona como limite do poder.

Para obviar a estas dificuldades, é preciso identificar quais os princípios e valores que não são historicamente contingentes; esses, estamos a crer, são a proteção da vida, da dignidade e da liberdade humanas de forma igualitária, visto que estamos perante algo que será *sempre* preciso fazer para que uma ordem normativa administre a justiça e seja, por isso, considerada Direito. Sempre que um destes valores for descuidado, ou não for protegido segundo o princípio da igualdade – tratar o igual como igual e o desigual como desigual –, estaremos perante uma ordem normativa que não é Direito, mas, sim, mera força.

Este raciocínio é uma tentativa de superação da querela milenar que opõe jus-naturalistas a jus-positivistas, que consiste em saber se Direito injusto é, ou não, Direito válido. Segundo a argumentação efetuada *supra*, Direito injusto será Direito válido desde que não ofenda, arbitrariamente, a vida, a dignidade e a liberdade do ser humano. No nosso entender, a divergência filosófica que opõe jus-naturalistas a jus-

-positivistas é facilmente ultrapassável a partir do momento em que se entenda, ao contrário do que afirma Hans Kelsen, que o Direito natural e o Direito positivo não constituem duas ordens normativas distintas. Na realidade, são duas partes componentes de um único sistema, ou seja, o Direito é constituído tanto pelo Direito natural como pelo Direito positivo. Kelsen não vê as coisas assim porque, no seu entender,

os métodos empregados pelos dois ao regularem a conduta humana são essencialmente diferentes. Uma ordem age prescrevendo a conduta socialmente desejada como conteúdo de um “dever ser”; a outra age instituindo um ato coercitivo a ser aplicado à pessoa cuja ação constitui o direito oposto do que é desejado. A segunda manifesta-se como uma ordem coercitiva. Talvez essa diferença não fosse em si importante o suficiente para estabelecer dois sistemas distintos a menos que se lembre que ela se estende também à diferença das suas fontes, ou seja, dos seus respetivos fundamentos de validade. A unidade e a natureza específica do fundamento último de validade constituem a unidade e a natureza específica de um sistema normativo.

Normas diferentes constituem uma única ordem e pertencem a um único sistema de normas se, em última análise, todas elas puderem ter a sua origem remontada ao mesmo fundamento de validade, se elas emanarem da mesma “fonte” – para usar a expressão comum – ou, usando a familiar expressão antropomórfica, se a mesma “vontade” for o fundamento da sua validade.² (KELSEN, 2000, p. 569).

² The methods (...) employed by the two in regulating human conduct are essentially different. One order proceeds by prescribing the socially desired conduct as content of an “ought”, the other by providing a coercive act which ought to be applied to the person whose action constitutes the direct opposite of what is desired. The second manifests itself as a coercive order. Perhaps this difference would not in itself be important enough to establish two distinct systems, unless it is remembered that it goes back to the difference in their sources, that is, to their two respective reasons of validity. It is the unity and specific nature of the ultimate reason of validity which constitute the unity and specific nature of a normative system. Different norms constitute one order and belong to one system of norms if ultimately they must all be traced back to the same reason of validity, if they flow from the same “source” – to use the common expression – or, to use the familiar anthropomorphic phrase, if the same “will” is the reason of their validity. (KELSEN, 1945, p. 399)

Assim, para Kelsen, o Direito natural e o Direito positivo são duas ordens normativas distintas porque cada uma tem um “fundamento último de validade” que lhe é próprio. Este fundamento último de validade é aquilo que Kelsen denomina “norma fundamental”, sendo esta suficiente para identificar que normas pertencem a que sistema:

a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).³ (KELSEN, 1999, p. 136).

A “norma fundamental” de um determinado sistema é, por conseguinte, o que confere o fundamento último de validade das normas que compõem esse mesmo sistema. Cada sistema tem uma única norma fundamental. Assim,

[t]odas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema

³ ist die Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, dieser gegenüber eine höhere Norm. Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muß bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muß sie *vorausgesetzt* sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet. (KELSEN, 1992, p. 197. Grifos do autor)

de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.⁴ (KELSEN, 1999, p. 136).

Segundo este raciocínio, destringir entre uma norma jurídica positiva e uma norma jurídica de Direito natural é algo que é feito por meio da identificação da norma fundamental que confere validade à norma em questão. Assim, uma norma ou é de Direito natural ou é de Direito positivo consoante o fundamento último de validade de cada uma delas. Nada impede, contudo, que sistemas normativos distintos contêm normas idênticas, o que explica a razão pela qual existem, tanto no Direito natural como nas várias ordens jurídicas de Direito positivo, regras que proíbem exatamente as mesmas condutas (e.g. homicídio, furto, fraude). Desta forma, a regra que impede a prática do homicídio será uma norma de Direito natural na medida em que a sua criação seja feita de acordo com o disposto na regra fundamental de Direito natural, e será uma regra de um qualquer sistema de Direito positivo na medida em que a sua criação seja efetuada segundo o disposto na regra fundamental desse mesmo sistema.

⁴ Alle Normen, deren Geltung auf eine und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden kann, bilden ein System von Normen, eine normative Ordnung. Die Grundnorm ist die gemeinsame Quelle für die Geltung aller zu einer und derselben Ordnung gehörigen Normen, ihr gemeinsamer Geltungsgrund. Daß eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung gehört, beruht darauf, daß ihr letzter Geltungsgrund die Grundnorm dieser Ordnung ist. Diese Grundnorm ist es, die die Einheit einer Vielheit von Normen konstituiert, indem sie den Grund für die Geltung aller zu dieser Ordnung gehörigen Normen darstellt. (KELSEN, 1992, p. 197)

Uma das principais críticas que têm sido feitas ao esquema kelseniano é a de que este é artificial, visto que não há ordens jurídicas cuja validade dependa de qualquer regra fundamental. No entanto, este tipo de crítica é infrutífero, na medida em que não existe nenhuma teoria jus-filosófica ou político-filosófica que não seja, de certo modo, “artificial”. Com efeito, se se usar o termo “artificial” por oposição ao termo “natural”, verifica-se que não existe nenhuma ordem normativa, nem nenhum sistema político, que seja natural, visto que todos são fruto do pensamento humano. O mesmo pode ser dito em relação às teorias que tentam explicar a origem, a legitimidade e a validade de ordens normativas e de sistemas políticos. Tanto a teoria da “norma fundamental” de Kelsen como a da “regra de reconhecimento” de H. L. A. Hart (1994, p. 100-123), passando pelas várias teorias do contrato social ou pela de John Austin (2001, p. 116-142), segundo a qual existe sempre um soberano acima da ordem jurídica, são “artificiais”. No entanto, não poderiam deixar de o ser, visto que tentam explicar a origem, legitimidade e validade de outras realidades que são elas próprias criadas pelo pensamento e pela ação humanos. Assim, considerar que a validade (e pertença) das regras que compõem uma ordem jurídica depende do fato de estas terem sido criadas em conformidade com o disposto na norma fundamental dessa mesma ordem jurídica é tão artificial como, por exemplo, defender que a legitimidade de uma ordem jurídica assenta no fato de esta ter sido criada por um sistema político instituído por meio de um contrato cujo objeto é o de proteger as pessoas dos perigos do estado de natureza. A objeção de artificialidade pode ser feita contra todas as teorias jurídico-filosóficas e político-filosóficas elaboradas ao longo da história, e, por isso, é uma objeção que nada refuta, dado que, se fosse procedente, ela implicaria o fim de toda a filosofia jurídica e política.

A grande objeção que acreditamos poder ser deduzida contra o pensamento de Kelsen é a de que a sua teoria pura do Direito não é adequada como teoria que visa explicar o que o Direito efetivamente é. Com efeito, todo o pensamento de Kelsen (1999, p. 1) assenta na premissa de que a teoria pura do Direito “se propõe garantir um

conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. Ao excluir tudo o que não é Direito da sua teoria pura do Direito, Kelsen vê-se obrigado a considerar as suas normas fundamentais – uma para cada sistema normativo – como axiologicamente neutras. Dada a sua concepção marcadamente positivista do Direito, Kelsen vê a ordem jurídica inexoravelmente ligada ao Estado. Com efeito, para Kelsen (1999), “Estado” e “Direito” são uma única realidade, o que leva igualmente a que se considere que a cada Estado, por ser a personificação de uma ordem jurídica coerciva, equivale uma norma fundamental. Assim, o Estado “A” é personificação da ordem jurídica “A”, cujas normas retiram a sua validade da norma fundamental “A”. O mesmo raciocínio aplica-se ao Estado “B”, “C”, e ao Direito natural.

Assim, a teoria pura do Direito é inadequada para explicar a natureza do Direito porque não leva em linha de conta que uma norma fundamental não pode ser axiologicamente neutra porque o Direito é uma realidade valorativa, e não amoral. Logo, a norma fundamental de uma ordem normativa que está sujeita a determinados princípios e valores tem, ela própria, de estar sujeita a esses mesmos princípios e valores. Kelsen diria, portanto, que as normas que consagram direitos sociais como sendo direitos fundamentais são válidas precisamente porque a norma fundamental, sendo isenta de conteúdo valorativo, possibilita que a constituição do Estado proteja certos valores e outorgue determinados direitos que o Estado tenha por essenciais para o funcionamento da sociedade. No entanto, ao defender a existência de uma norma fundamental axiologicamente neutra, Kelsen também admitiria a posição contrária, a saber, a de que injunções jurídicas que comandassem o cometimento, de forma arbitrária, de atos atentatórios da vida, da dignidade e da liberdade dos cidadãos, seriam igualmente válidas. É notório que Kelsen tem consciência de que a sua teoria produz exatamente este resultado. Contudo, este mesmo resultado não é preocupante para o autor, na medida em que ele não advoga, em qualquer parte de sua obra, que os destinatários das normas sejam moralmente obrigados a acatar

ordens imorais proferidas por meio de normas jurídicas. A separação radical que Kelsen efetua entre Direito e Moral leva-o a arguir que há normas jurídicas moralmente inadmissíveis que, todavia, de um ponto de vista jurídico, são válidas.

Apesar de nada haver, em termos de lógica formal, a apontar ao raciocínio de Kelsen, é necessário entender que a sua aplicação deixaria os cidadãos desprotegidos do chamado “terrorismo de Estado”. Com efeito, se, como Kelsen pretende, todas e quaisquer normas jurídicas imorais, incluindo aquelas que, de uma forma arbitrária e flagrante, destroem ou limitam a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, forem juridicamente válidas, tal implica que os tribunais não as possam declarar inconstitucionais. Isto significa que o cidadão não pode usar o Direito para se defender contra o arbítrio do Estado, mas apenas a força, na medida em que o consiga, quer o faça sozinho, quer forme grupos com outros cidadãos. Note-se, uma vez mais, que, em termos lógico-formais, esta solução é impecável, visto que, conforme referimos *supra*, para Kelsen, “Direito” e “Estado” são a mesma realidade, logo, não se pode usar uma coisa (o Direito) para combater essa mesma coisa (o Estado).

Assim, a teoria pura do Direito revela-se inadequada para esclarecer a natureza do Direito porque é falso que o Direito possa ter qualquer conteúdo. Atente-se, a este propósito, nas palavras de António Braz Teixeira:

Quando, atrás, mais de uma vez notámos que o Direito era uma realidade ou uma criação humana referida a valores e destinada a dar-lhes efectividade, uma ordem reguladora da conduta social do homem, visando ordená-la justamente, pusemos em destaque, por um lado, que lhe era inerente e essencial um sentido, um conteúdo ou uma dimensão axiológica e, por outro, que a Justiça era esse valor, princípio ou ideal que constitui a *razão de ser* ou a *razão suficiente do Direito*, i.e., que ele existe para realizar a Justiça, que ela é o fundamento da sua validade e que, existindo o Direito apenas enquanto válido, é a Justiça que faz o Direito ser Direito. (TEIXEIRA, 2010, p. 251. Grifos do autor).

Visto que o Direito é uma ordem referida a valores, e que o principal valor ao qual esta ordem se refere é a justiça, que, por seu turno, constitui a “razão de ser” do Direito, a norma fundamental, tal como Kelsen a formula, não descreve adequadamente aquilo que o Direito é. Note-se, com efeito, que, apesar de não ser, de um ponto de vista filosófico, obrigatório que se entenda que cada ordem jurídica tem uma norma fundamental que confere validade às demais normas que compõem o ordenamento, esta ideia é amplamente adequada para caracterizar a natureza do Direito desde que se entenda, ao contrário de Kelsen, que a norma fundamental tem, como conteúdo, um ideal de justiça. Esta modificação da ideia de norma fundamental, i.e., a de que ela não é axiologicamente neutra, tendo, ao invés, como conteúdo um ideal de justiça, ainda que contingente, torna-a muito mais atrativa e apta a explicar por que razão uma norma de Direito positivo é válida e em que circunstâncias pode ser formalmente válida e materialmente inválida.

OS DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS MORAIS?

Como vimos, há, efetivamente, direitos morais que não podem deixar de ser positivados pela ordem jurídica, e, por isso, a sua eventual omissão nos quadros do Direito positivo pode ser colmatada, se necessário, por meio do recurso, por parte dos cidadãos, aos tribunais. Estes são os direitos necessários à proteção da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. No entanto, estamos em crer que os direitos sociais não são direitos morais, ou, pelo menos, não fazem parte do lote de direitos morais necessários para proteger a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, e, por isso, o Estado não tem qualquer obrigação em positivá-los. Este ponto de vista não acarreta, contudo, quaisquer consequências nefastas para os indivíduos porque, apesar de ser incorreto dizer que estes têm um direito *moral* ao subsídio de desemprego ou à prestação de cuidados de saúde (tendencialmente) gratuitos, o fato é que têm um direito *moral*, que decorre do núcleo da justiça, a que o Estado proteja a sua vida, liberdade e dignidade, o que leva a que o Estado tenha a obrigação *moral*, que não pode deixar de ser igualmente

jurídica, de impedir que as pessoas que se encontrem sob a sua jurisdição caiam em uma situação de pobreza que afete a sua dignidade, nem lhes poderão ser negados cuidados médicos que sejam necessários para afastar tanto o sofrimento como quaisquer riscos para a vida. O nosso argumento é somente o de que o Estado tem a liberdade de escolher de que forma pretende proteger a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Estes objetivos podem, seguramente, ser alcançados por meio da concessão de um subsídio de desemprego para quem, contra a sua vontade, se encontre desempregado. Mas podem igualmente ser atingidos por meio da distribuição direta ao interessado de comida, roupa e outros bens que lhe sejam indispensáveis para levar uma vida livre e digna. Por estas razões, estamos em crer que, nos quadros do Estado de Direito, se um Estado resolvesse proteger a vida, a liberdade e a dignidade dos desempregados, por exemplo, por meio da distribuição de senhas de refeição e de alojamento temporário, o indivíduo não teria o *direito moral* de exigir que, ao invés das senhas e do alojamento, lhe fosse arbitrado um subsídio. Parece-nos que a maior parte dos Estados apenas opta pela concessão de subsídios e de outras prestações sociais porque estas medidas são mais eficazes, visto que desoneram o Estado da obrigação concreta de fornecer diretamente comida, roupa ou alojamento ao indivíduo interessado. O subsídio permite a cada pessoa proteger, ela própria, a sua vida, liberdade e dignidade. Contudo, a partir de um argumento de eficácia não se pode retirar uma obrigatoriedade moral, o que significa que o Estado tem a liberdade de tomar as medidas que ache mais convenientes para proteger a vida, a liberdade e a dignidade do ser humano. Se o Estado optar por fazê-lo sem outorgar direitos sociais as pessoas não terão qualquer legitimidade moral para se lhe opor. As pessoas têm direito a ver a sua vida, liberdade e dignidade asseguradas, não a que determinada prestação social da sua preferência lhes seja atribuída.

De forma a comprovar o que acaba de ser dito, apresentamos um raciocínio contrafactual baseado na teoria do “estado de natureza” de John Locke, que é uma teoria que postula os direitos (morais e naturais) de que o ser humano seria detentor inclusive na ausência de um Estado

com uma ordem jurídica positiva coerciva, com o intuito de demonstrar que, por não existirem direitos sociais em estado de natureza, a positivação destes não constitui uma obrigação moral para o Estado, visto que os direitos que existem em estado de natureza são única e exclusivamente os estritamente necessários para proteger a vida, a liberdade e a dignidade do ser humano:

ainda que este seja um estado de liberdade, não é contudo um estado de licença; e ainda que o homem naquele estado tem uma liberdade indisputável para dispor da sua pessoa e bens, não a tem todavia para se destruir, nem há criatura alguma que tenha tal poder, salvo, quando algum uso mais nobre do que a sua simples conservação o exigir. O estado natural tem uma lei natural para o governar, a qual obriga a todos: e a razão, que constitui essa lei, ensina a todos os homens, que a consultarem, que sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria ofender a outro na sua vida, propriedade, liberdade, e saúde.⁵ (Tradução de João Oliveira de Carvalho)

Segundo Locke, o estado de natureza tem “uma lei natural para o governar, a qual obriga a todos”. Esta lei não é positiva, mas, sim, oriunda da razão, que ensina a toda a humanidade que “ninguém deveria ofender a outro na sua vida, propriedade, liberdade, e saúde”. Trata-se, portanto, de *direitos subjetivos jurídicos naturais*. São direitos naturais porque a sua existência não depende de qualquer ato humano de vontade. São direitos subjetivos porque, tal como referem Rebelo de Sousa e Galvão (2000), cada um tem o direito de exigir de outrem um comportamento que, no caso dos direitos naturais aqui enumerados, é

⁵ But though this be a state of liberty, yet it is not a state of licence: though man in that state have an uncontrolable liberty to dispose of his person or possessions, yet he has not liberty to destroy himself, or so much as any creature in his possession, but where some nobler use than its bare preservation calls for it. The state of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one: and reason, which is that law, teaches all mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty, or possessions. (LOCKE, 1824, p. 341).

de omissão. Por ser coercivo, isto é, por poder ser efetivado pelo uso da força, este direito de exigir é um direito jurídico:

E para que os homens não infrinjam os direitos uns dos outros, nem se ofendam mutuamente, e se observe a lei natural, a qual ordena a paz e conservação do género humano, a execução da lei natural, naquele estado, compete a cada um individualmente, e por conseguinte cada um tem o direito de punir os seus transgressores, tanto quanto for necessário para obstar à sua violação: porquanto a lei natural seria, bem como todas as outras leis que dizem respeito aos homens neste mundo, de nenhum efeito, se não houvesse pessoa que, no estado natural, tivesse o poder para pôr em execução essa lei, e por esse meio proteger o inocente e coibir os ofensores.⁶ (Tradução de João Oliveira de Carvalho)

Parece-nos notório, por conseguinte, que há direitos subjetivos jurídicos *naturais* e direitos subjetivos jurídicos *positivos*. Os primeiros são operantes em estado de natureza, os segundos, no Estado. Parece-nos igualmente óbvio que em estado de natureza não podem, pura e simplesmente, haver direitos positivos, visto que não há quaisquer razões, ao contrário do que sucede no Estado, para considerar-se o ato de vontade de um qualquer indivíduo como criador de uma regra jurídica positiva que confira um direito positivo e imponha o respectivo dever. Estas mesmas razões apenas surgem com a instituição do Estado. O Estado requer um aparelho institucional que tem que ser governado por pessoas que agem como titulares de um cargo em um determinado órgão. No caso de órgãos legislativos, os atos de vontade dos indivíduos

⁶ And that all men may be restrained from invading others rights, and from doing hurt to one another, and the law of nature be observed, which willeth the peace and preservation of all mankind, the execution of the law of nature is, in that state, put into every man's hands, whereby every one has a right to punish the transgressors of that law to such a degree as may hinder its violation: for the law of nature would, as all other laws that concern men in this world, be in vain, if there were nobody that in the state of nature had a power to execute that law, and thereby preserve the innocent and restrain offenders. (LOCKE, 1824, p. 341-342).

que sejam titulares de cargos que compõem este mesmo órgão criam regras jurídicas, regras essas que podem conferir direitos e impor os correspondentes deveres. A legitimidade da nomeação e/ou eleição dos indivíduos titulares destes cargos depende do próprio aparelho institucional do Estado, mas parece-nos claro que, em estado de natureza, no qual qualquer institucionalização que porventura pudesse haver seria rudimentar e não abarcaria, em princípio, órgãos legislativos, nunca haveria regras jurídicas positivas que conferissem direitos e impusessem deveres positivos.

Os direitos morais estritamente necessários à proteção da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana são direitos subjetivos jurídicos *naturais* cuja validade é operante no Estado dotado de um aparelho coercivo institucional. O Estado está, por isso, vinculado a reconhecer e efetivar estes direitos naturais, o que significa que, perante situações em que determinado direito natural devesse, pela sua necessidade e importância no desempenho da função de proteção da vida, da liberdade e da dignidade do ser humano, ser reconhecido pela ordem jurídica positiva, mas em que esse mesmo reconhecimento não é feito, pode-se recorrer aos tribunais, visto que os tribunais são órgãos aplicadores do Direito, e o Direito, conforme temos vindo a arguir ao longo deste ensaio, é composto tanto pelo Direito positivo como pelo Direito natural.

Assim, em estado de natureza não há direitos positivos. Todos os direitos de que os indivíduos sejam, hipoteticamente, titulares em estado de natureza são direitos naturais. No sistema estadual, por outro lado, só há direitos positivos, visto que quando o sistema reconhece a validade de determinado direito natural – reconhecimento esse que será *voluntário* na generalidade dos casos, mas *obrigatório* quando se trate de direitos naturais essenciais à proteção da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana –, transpondo-o para a ordem jurídica positiva, confere-lhe o estatuto de direito jurídico positivo. Nada obsta, por conseguinte, a que certos direitos jurídicos sejam simultaneamente naturais e positivos. De fato, à luz dos argumentos aduzidos, há certos direitos naturais que, pela sua importância moral, não podem deixar de ser também direitos positivos.

Após esta curta reflexão, esperamos ter deixado claro que o Estado só tem as obrigações morais que correspondem à satisfação de direitos que existiriam inclusive em estado de natureza; tudo o que vá para além disto é matéria de decisão política. Não defendemos, naturalmente, que seja imoral outorgar direitos sociais, na linha do pensamento dos defensores do Estado minimalista. Apenas arguimos que, se o Estado optar por assegurar a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas sob a sua jurisdição por outros meios que não passem pela atribuição de direitos sociais, é livre de fazê-lo, o que significa que, em termos morais, é legítimo positivar direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos, normas programáticas, ou não positivá-los de todo.

CONCLUSÃO

A conclusão com que encerramos a secção precedente poderá dar a entender que o argumento desenvolvido ao longo deste ensaio é circular, na medida em que começamos por nos interrogar acerca da melhor solução para a querela que existe entre os defensores de uma concepção dos direitos sociais como direitos subjetivos e os que argumentam que os direitos sociais mais não são do que normas programáticas, apenas para concluir que, de um ponto de vista moral, é aceitável ao Estado optar livremente por uma destas posições, pela posição intermediária identificada na introdução deste artigo e desenvolvida na sua primeira secção, ou até por não outorgar direitos sociais a ninguém.

A razão pela qual isto é assim prende-se ao fato de a questão ser habitualmente, de forma errada, posta ao nível do Direito positivo, o que, tal como julgamos ter demonstrado ao longo deste artigo, é um nível inadequado para discutir a questão. O Direito positivo pode ter qualquer conteúdo, desde que esse mesmo conteúdo seja orientado para a proteção da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Na medida em que os direitos sociais são um meio idôneo, mas não um meio absolutamente necessário, para alcançar os fins do Direito, a sua positivação não é obrigatória. Isto significa que a querela entre os que veem os direitos sociais como direitos subjetivos, os que os encaram

como normas programáticas e os que os concebem nos termos delineados pela posição intermediária é uma querela sobre a interpretação de constituições, leis ordinárias e instrumentos de Direito internacional; não é, contudo, uma querela filosófica, ou seja, não é uma discussão acerca da hipotética obrigatoriedade moral do Estado em outorgar direitos sociais. Esta mesma discussão não é uma discussão de Direito positivo, e foi esta discussão que este trabalho se propôs encetar.

A nossa posição tem a vantagem de conciliar duas posições filosóficas antagônicas, a saber, as que desembocam no Estado minimalista e no Estado social. Ambas as posições são extremas e, por isso, erradas. É tão imoral pretender distribuir a riqueza igualmente por todos os cidadãos, como o fazem as teorias do Estado social, como defender que toda e qualquer redistribuição coerciva, para além da admitida pelo Estado minimalista, é imoral. Na realidade, a redistribuição coerciva da riqueza é justa desde que seja feita no limite do estritamente necessário com o intuito de proteger a vida, a dignidade e a liberdade de todas as pessoas. É, com efeito, imoral redistribuir riqueza por meio da cobrança coerciva de impostos quando a sua finalidade vai além do estritamente necessário para garantir uma vida livre e digna para todos. De fato, quase todos os Estados contemporâneos cometem esta ilicitude moral, visto que tentam promover, por exemplo, atividades culturais e científicas que vão além do estritamente necessário para garantir uma vivência em comum livre e digna à custa da retirada coerciva de parte do patrimônio de indivíduos que podem não estar dispostos a contribuir para estas causas, e que poderiam preferir aplicar o seu patrimônio de forma diferente. Por outro lado, os ditames da justiça também não permitem que se veja como ilícita toda e qualquer redistribuição da riqueza por meio de impostos coercivos. Em sociedade, todos os indivíduos têm a obrigação moral de contribuir para que nenhum ser humano viva uma vida indigna cuja liberdade seja reduzida por motivos financeiros, mesmo que tal seja feito contra a vontade daqueles que fornecem o patrimônio necessário para alcançar o desiderato da justiça.

Em suma, nem a justiça, nem o Direito, como instrumento de efetivação da justiça, requerem quer o Estado social, quer o Estado mini-

malista. Ambos são imorais, embora o grau de imoralidade do Estado minimalista seja maior pelo seguinte motivo: o Estado social, tal como existe na maior parte dos Estados contemporâneos, sendo injusto, não produz uma injustiça extrema, atentatória da vida, liberdade e dignidade de quem quer que seja. É inconveniente para quem tem um patrimônio considerável e incentiva quem não o tem a trabalhar pouco para conseguir vir a tê-lo. É injusto, mas não constitui uma daquelas injustiças que legitime uma oposição, pela força, ao Direito positivo, por meio, por exemplo, do direito de resistência ou da objeção de consciência. O Estado minimalista, por seu turno, tem uma grande capacidade de produzir injustiça que atente contra a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, visto que as teorias que o sustentam fazem com que seja impossível coagir os mais abastados a ajudar os mais carentes, mesmo quando os últimos vivem em uma situação de pobreza extrema.

Estamos em crer que o atual Estado social, até por encontrar-se um pouco por toda a parte em situação de crise, o que decorre da já prolongada ao longo do tempo outorga de direitos muito acima do estritamente necessário para garantir, a todos, uma vida livre e digna, dará lugar, com o tempo, a esta espécie de Estado, para já inominado, em que a redistribuição coerciva de riqueza apenas se verifica quando tal seja estritamente necessário para garantir a todos uma vida livre e digna. Este será um Estado em que nem se distribui a riqueza coercivamente para lá do que é legítimo fazê-lo nem se deixa ninguém morrer de fome. Propomos que seja denominado “Estado de Justiça”.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

AUSTIN, J. **The province of jurisprudence determined**. Editado por Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

HART, H.L.A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

KELSEN, H. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Viena, 1992.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, H. **General theory of law and state**. Tradução inglesa de Anders Wedberg. Cambridge e Massachusetts: Harvard University Press, 1945.

LOCKE, J. **Two treatises of government**. The works of John Locke, in nine volumes. 12. ed. Londres: C. Baldwin, 1824.

LOCKE, J. **Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil**. Tradução de João Oliveira de Carvalho. Londres: Ricardo Taylor, 1833.

MACHADO, J. B. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 21. reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

NOVAIS, J. R. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

REALE, M. **Teoria tridimensional do direito, teoria da justiça, fontes e modelos do direito**. Lisboa: INCM, 2003.

REBELO DE SOUSA, M.; GALVÃO, S. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. Lisboa: Lex, 2000.

TEIXEIRA, A. B. **Sentido e valor do direito: introdução à filosofia jurídica**. 4. ed. Lisboa: INCM, 2010.

Submetido em: 31-7-2015

Aceito em: 21-1-2015