

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES

**OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE: A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE NO  
BRASIL E EM PORTUGAL**

Porto Alegre

2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

**CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES**

**OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE:  
A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE NO BRASIL E EM PORTUGAL**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Profa. Dra. Regina Linden Ruaro

Porto Alegre

2018

## **Ficha Catalográfica**

H497d Hendges, Carla Evelise Justino

Os direitos sociais em tempos de crise : A jurisprudência da  
crise no Brasil e em Portugal / Carla Evelise Justino Hendges .  
– 2018.

315 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,  
PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Regina Linden Ruaro.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos sociais. 3. Direito  
constitucional. 4. Crise. I. Ruaro, Regina Linden. II. Título.

CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES

**OS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE:**  
A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE NO BRASIL E EM PORTUGAL

Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, defendida e aprovada em: Porto Alegre/RS, 20 de março de 2018.

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Regina Linden Ruaro – PPGD/UCRS (Orientadora)

---

Prof. Dr. Juarez Freitas - PPGD/PUCRS

---

Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro - PPGD/PUCRS

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Zelia Luiza Pierdoná – Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Catarina Santos Botelho – Universidade Católica Portuguesa - Porto

---

Prof. <sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sandra Regina Martini Vial – Centro Universitário Ritter dos Reis

Porto Alegre

2018

*“Por que é que todos não se reúnem, para sofrer e vencer juntos de uma vez?”*

João Guimarães Rosa, “Grande Sertão: Veredas”.

## **AGRADECIMENTOS**

Durante o tempo de duração deste projeto encontrei tantas pessoas extraordinárias a quem me sinto grata, que fica até difícil saber por onde começar os agradecimentos.

Inicialmente, foi crucial para o desenvolvimento desta tese o apoio institucional do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com colaboração parcial dos custos durante parte do desenvolvimento do curso e, principalmente, autorizando o afastamento das atividades jurisdicionais para o período de estudos em Portugal.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, especialmente aos Professores Drs. Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Alberto Molinaro, Thadeu Weber e Juarez Freitas, pelo convívio fraterno e enriquecedor durante esses quatro anos da minha vida.

A minha querida orientadora, Profa. Dra. Regina Linden Ruaro, por seu incentivo, motivação e por ter acreditado em mim ao longo de todo o doutorado.

A toda a equipe da Secretaria do Programa, aos quais agradeço na pessoa da gentil Secretária Caren Andrea Klinger.

A Alessandra, Sebastião, Bet, Lessandra, Mairinha, Pery, Amanda, pelos momentos inesquecíveis nas tantas segundas-feiras passadas na minha Porto Alegre - no fim soubemos, com o nosso poetinha, que “as coisas mais leves são as únicas que o vento não conseguiu levar: um estribilho antigo, um carinho no momento preciso, o folhear de um livro de poemas, o cheiro que tinha o próprio vento”. Grata demais pela convivência de tal modo frutífera que às vezes parece que nos conhecemos desde sempre!

Aos servidores da 17ª Vara Federal, à incansável Claudia Marlise da Silva Alberton e de modo muito especial ao colega Bruno Risch Fagundes de Oliveira, sem cujo apoio, confiança e amizade, esta tese não teria sido escrita.

Dedico um agradecimento especial à Universidade Católica Portuguesa, que na Faculdade de Direito da Escola do Porto abriu as portas a esta estudante brasileira. Ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz, que sempre se preocupou que eu estivesse bem instalada, ao Professor Doutor Manuel Fontaine e sua infinita gentileza, ao Professor Doutor Luis Heleno Terrinha, pelas proveitosas conversas. E à Professora

Doutora Catarina Santos Botelho, a quem sou grata de tantos modos e de tantas formas que o espaço desta tese não seria suficiente para enumerá-las. Uma 'força da natureza', fazendo tantas coisas ao mesmo tempo e fazendo tão bem tudo o que faz (espero que um dia ela me conte qual é o seu segredo...).

A acolhida calorosa de todos fez com que muito rapidamente a cidade do Porto se tornasse o meu outro porto, e o pequeno apartamento na minha rua preferida se tornasse a minha morada, e também abrigo de outros estudantes durante suas pesquisas em Portugal.

Não poderia deixar de incluir um agradecimento especial à gentil equipe da Biblioteca Municipal Almeida Garret, que me acolheu em tantos dias ensolarados e virou o meu lugar de estudos favorito. Como o Porto de Eugênio de Andrade, "é só uma maneira de se refugiar na tarde, forrar-me de silêncio e procurar trazer à tona algumas palavras", palavras que afinal resultaram nesta tese.

Tendo nestes quatro anos encontrado tantas novas moradas e atracado em tantos novos portos, deixei para encerrar meus agradecimentos na pessoa daquelas duas que desde sempre são - e dão - porto e morada do(ao) meu coração: as filhas Juliana e Clarissa, que são a razão de tudo, em nome de quem e por quem todo esforço é justificado.

## RESUMO

O estudo tem como objetivo investigar o papel dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo. Para tanto, investiga-se a aplicabilidade dos direitos sociais, buscando-se situar a melhor proteção dos direitos sociais em situação de crise e de mudanças na sociedade. Partindo-se da premissa da consideração dos direitos fundamentais sociais como categoria normativa, da qual se extrai um embasamento teórico para a compreensão dos direitos sociais como direitos fundamentais, assim como para determinar a sua aplicabilidade e extensão da proteção. Os direitos sociais estão umbilicalmente conectados ao princípio democrático e à dignidade da pessoa humana, estando situados no mesmo patamar de importância e valor que os demais direitos, liberdades e garantias. É investigado o patamar de proteção dos direitos fundamentais sociais no panorama nacional e internacional, muito especialmente português e europeu. O papel dos poderes públicos na proteção dos direitos fundamentais sociais tem especial relevância. Sobre o tema da (im)permanência do Estado Social em tempos de crise, constata-se a tensão entre a situação de crise financeira e a proteção dos direitos fundamentais sociais. Intenta-se refletir sobre os limites e possibilidades da proteção social, buscando para tanto elementos a partir da experiência portuguesa da 'jurisprudência da crise'.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Crise. Jurisprudência da crise.



## ABSTRACT

The purpose of the study is to investigate the role of fundamental social rights in constitutionalism. For this, the applicability of social rights is investigated, in order to secure the best protection of social rights in in times of economic **crisis** and changes in society. Based on the premise of considering social fundamental rights as a normative category, from which a theoretical basis for the understanding of social rights as fundamental rights is extracted, as well as to determine their applicability and extension of protection. Fundamental social rights are umbilically connected to the democratic principle and to the dignity of human person, being situated at the same level of importance and value as other rights, freedoms and guarantees. The level of protection of fundamental social rights in the national and international panorama, especially Portuguese and European, is investigated. The role of public authorities in the protection of fundamental social rights is of particular relevance. On the theme of (im) permanence of the Social State in times of crisis, there is tension between the situation of financial crisis and the protection of fundamental social rights. It is reflected on the limits and possibilities of social protection, seeking for such elements from the Portuguese and Brazilian experience of the 'crisis jurisprudence'.

**Keywords:** Fundamental social rights. Crisis. Crisis jurisprudence.

## RESUMEN

El objetivo del estudio es investigar el papel de los derechos sociales fundamentales en el constitucionalismo. Para esto, se investiga la aplicabilidad de los derechos sociales, para asegurar la mejor protección de los derechos sociales en tiempos de crisis económica y cambios en la sociedad. Basado en la premisa de considerar los derechos fundamentales sociales como una categoría normativa, a partir de la cual se extrae una base teórica para la comprensión de los derechos sociales como derechos fundamentales, así como para determinar su aplicabilidad y extensión de la protección. Los derechos sociales fundamentales están conectados de forma umbilical al principio democrático y a la dignidad de la persona humana, y se encuentran en el mismo nivel de importancia y valor que otros derechos, libertades y garantías. Se investiga el nivel de protección de los derechos sociales fundamentales en el panorama nacional e internacional, especialmente portugués y europeo. El papel de las autoridades públicas en la protección de los derechos sociales fundamentales es de particular relevancia. Sobre el tema de (im) permanencia del Estado Social en tiempos de crisis, existe una tensión entre la situación de crisis financiera y la protección de los derechos sociales fundamentales. Se refleja sobre los límites y posibilidades de la protección social, buscando elementos de la experiencia portuguesa y brasileña de la "jurisprudencia de crisis".

**Palabras clave:** Derechos sociales fundamentales. Crisis. Jurisprudencia de crisis

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abr.	abril
Ago.	agosto
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AFDL	Associação da Faculdade de Direito de Lisboa
AGU	Advocacia-Geral da União
BFD	Boletim da Faculdade de Direito (de Coimbra)
CAJ	Centro de Atualização Jurídica
CDP	Cuadernos de Derecho Público
Cit.	citado
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSDLE	Centre for the Study of European Labour Law
CuC	Cuestiones Constitucionales
Cuest.	Const.Cuestiones Constitucionales
Dez.	Dezembro
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ESR	European Sociological Review
ETUI	European Trade Union Institute
EUI	European University Institute
Fev.	fevereiro
ICJP	Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
IDP	Instituto Brasiliense de Direito Público
Jan.	janeiro
Jul.	julho
Jun.	junho
Mai.	maio
Mar.	Março
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
Nov.	novembro

ONU	Organização das Nações Unidas
Out.	outubro
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PUCRS	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
RBDP	Revista Brasileira de Direito Público
RDL	Revista Direito e Liberdade
ReDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo
<i>RFDUP</i>	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Rel.	Relator
Resp.	Recurso especial
Rex.	Recurso extraordinário
RIDB	Revista do Instituto do Direito Brasileiro
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RUA-L	Revista da Universidade de Aveiro
Set.	Setembro
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional (Portugal)
TRF	Tribunal Regional Federal
UCP	Universidade Católica Portuguesa
UiO	University of Oslo
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO I A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....</b>	<b>20</b>
<b>1.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>20</b>
1.1.1 Quando a igualdade pega o trem da história: o percurso histórico político dos direitos sociais .....	22
1.1.2 A trajetória dos direitos sociais no Brasil: um percurso acidentado ....	37
1.1.3 Iguais, mas diferentes: as muitas faces do Estado Social .....	48
1.1.4 A fundamentalidade dos direitos sociais e seus desdobramentos.....	53
<b>1.2 BREVE PANORAMA DA INSERÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NOS SISTEMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS.....</b>	<b>70</b>
1.2.1 A dimensão internacional dos direitos sociais .....	71
1.2.2 Os direitos sociais nos ordenamentos jurídicos nacionais .....	81
a) Itália .....	86
b) França .....	88
c) Espanha .....	90
d) África do Sul .....	92
e) América Latina .....	95
f) Alemanha .....	97
g) Inglaterra .....	99
h) Estados Unidos da América .....	100
<b>CAPÍTULO II A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL .....</b>	<b>103</b>
<b>2.1 A ESTRUTURAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA .....</b>	<b>108</b>
2.1.1 A constituição da socialidade: os direitos sociais na Constituição da República Portuguesa .....	110
2.1.2 O resgate da cidadania: as previsões da Constituição do Brasil .....	117
2.1.3 A estrutura dos direitos fundamentais sociais e suas garantias nas constituições brasileira e portuguesa em perspectiva comparada.....	120
a) Constituição do Estado Social.....	120
b) Estrutura organizativa das normas relativas aos direitos sociais .....	122
c) Quanto ao objeto da proteção .....	123
d) Abertura do catálogo .....	125
e) Limites materiais de revisão .....	130
f) Limites de restrição .....	133
g) Formas de tutela não judicial.....	134
h) Tutela judicial .....	136
i) Responsabilidade do Estado .....	142
<b>2.2 A FORÇA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS NOS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS .....</b>	<b>143</b>
2.2.1 A força jurídica dos direitos sociais na CRP .....	144
2.2.2 A força jurídica dos direitos sociais na CRFB.....	152
<b>2.3 A TUTELA MULTI-INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	<b>156</b>
2.3.1 Poder Legislativo .....	165
2.3.2 Poder Executivo .....	167

2.3.3 Poder Judiciário .....	172
<b>CAPÍTULO III A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE ....</b>	<b>189</b>
<b>3.1 O ESTADO SOCIAL EM CRISE?.....</b>	<b>189</b>
3.1.1 Crise do Estado social.....	189
3.1.2 Uma crise dentro de outra, e mais outras que se avizinham .....	197
3.1.3 O Brasil em permanente estado de crise .....	213
<b>3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE .....</b>	<b>216</b>
<b>3.2.1 Os direitos sociais e a jurisprudência da crise .....</b>	<b>224</b>
a) Reserva do possível .....	224
b) Vedação do retrocesso social .....	230
c) Proteção da confiança .....	238
d) Proporcionalidade .....	242
d) Igualdade.....	245
d) Mínimo existencial .....	250
<b>3.2.2 A jurisprudência da crise no TEDH .....</b>	<b>253</b>
<b>3.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE.....</b>	<b>255</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>274</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>285</b>

## INTRODUÇÃO

Em obra publicada em 2013, Mireille Delmas-Marty inicia a sua exposição com a seguinte indagação: *Que peut le Droit?*<sup>1</sup> O livro, no qual a autora reflete sobre o papel do direito diante dos efeitos desumanizantes da mundialização, nos veio às mãos no curso dos estudos que resultaram na presente pesquisa. A interrogação inicial formulada pela autora resume muitas das inquietações que ensejaram o presente trabalho.

O Brasil tem passado por momentos particularmente delicados, com sucessivas crises políticas afetando inclusive a relação entre os poderes. Concomitantemente, a crise econômica que estendeu seus reflexos em relação dos direitos fundamentais sociais, referindo-se entre outros os cortes de orçamento em áreas importantes como saúde e educação, bem como reformas do sistema trabalhista e projeto de reforma previdenciária.

Identificam-se hoje sérios problemas, uma verdadeira crise de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, compreendidos em sua dimensão objetiva. Indaga-se qual o papel, se é que há algum papel, do Direito na resolução desses graves problemas sociais.

A escolha do tema decorreu da constatação da necessidade de reflexão sobre os desafios da efetivação dos direitos sociais. A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu um extenso catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como previu um regime protetivo bastante reforçado. Contudo, na prática no Brasil persiste uma realidade de acentuada desigualdade e exclusão social.

O déficit de efetividade nessa área se torna mais grave quando se toma em consideração que os direitos sociais encerram as prestações mais caras aos indivíduos e grupos sociais mais necessitados, relacionando-se com bens elementares à dignidade da pessoa humana. O arrolamento dos direitos fundamentais sociais, adotado no artigo 6º da Constituição, bem reflete essa dimensão, ao elencar questões essenciais à fruição de uma vida digna, como alimentação, saúde, moradia, segurança, educação, trabalho, transporte, lazer, previdência social, proteção da maternidade e à infância e assistência social aos desamparados.

Diante da constatação de que os direitos fundamentais sociais constitucionais,

---

<sup>1</sup> Em livre tradução: "O que pode o Direito?" DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013, p. 7.

em grande medida, se constituem em meras garantias formais, questiona-se então da eficácia do sistema protetivo previsto de forma aparentemente tão ampla na Constituição de 1988.

A questão da efetividade dos direitos sociais tem sido atualmente discutida em todo o mundo, inclusive na Europa, região do globo que constituiu o berço do Estado Social e da incorporação dos direitos sociais em textos normativos. A crise financeira mundial dos últimos anos, precipitada pela falência do banco Lehman Brothers, afetou seriamente vários países ao redor do mundo, repercutindo de forma bastante acentuada na Europa. Em decorrência da crise, vários países europeus tiveram suas economias prejudicadas e recorreram à ajuda da União Europeia para equilíbrio das contas públicas. A ajuda foi prestada em termos de compromisso, tendo-se seguido a adoção de políticas de austeridade nos respectivos âmbitos nacionais dos países que a ela recorreram.

As medidas adotadas no seio dessas políticas de austeridade ensejaram reflexos na proteção dos direitos sociais, com dupla repercussão. De um lado, houve efeitos diretos sobre situações jurídicas individuais consolidadas, pela via de corte e suspensão de salários e proventos de aposentadoria e pensão. E, de outro, pode-se considerar que as medidas foram também retrocessivas em relação a um determinado patamar de proteção social que se tinha alcançado e que era tido como consolidado.

Sabe-se que todos os direitos necessitam de custos públicos, sejam os direitos civis, sejam os direitos políticos, sejam os direitos sociais. Proteger os direitos fundamentais, em seus diversos desdobramentos – dentre outros, a garantia de segurança, dos direitos civis e do exercício da cidadania política –, implica custos para o Estado, exigindo a adequada estruturação das funções estatais, não só na promoção das políticas públicas, mas também na esfera dos deveres de proteção.

Contudo, correntemente as prestações sociais em geral são consideradas como especialmente mais dispendiosas. Assim, ainda que os reflexos da crise alcancem todos os direitos, se fazem sentir de forma mais contundente em relação aos direitos sociais, que são os primeiros a serem atingidos pelas políticas de austeridade e de contenção de gastos públicos.

Em que pese o problema tenha sido agravado pela recente recessão econômica que atingiu boa parte do mundo, não se trata de tema novo. Desde o fim dos anos de ouro do capitalismo e das sucessivas crises econômicas que se seguiram, os diferentes sistemas políticos começaram a se indagar sobre as



possibilidades e limites do Estado Social.

O nível de proteção social e o atendimento das demandas sociais infinitas dependem de recursos finitos. Frente a uma crise de recursos, a restrição da possibilidade de atendimento das demandas sociais obriga às chamadas “escolhas dramáticas”. Questiona-se se o modelo do Estado Social é o esquema mais adequado para articular as limitações dos orçamentos públicos.

Esses temas vêm causando desassossego em vários sistemas constitucionais em todo o mundo. No Brasil, a situação é especialmente preocupante, dado que o país apresenta índices muito altos de desigualdade e exclusão social e passa por um período de significativas modificações na esfera demográfica e nas relações de produção, o qual é acompanhado de um peculiar momento de acentuada crise política ensejada pelos sucessivos escândalos de corrupção.

No centro de discussões diuturnas na mídia e que são objetos de preocupação da população brasileira estão questões como as prestações de saúde, as relações de trabalho e as prestações de previdência social. Trata-se de decisões políticas que têm consequências muito diretas não só nas condições de vida atuais e futuras da geração atual, mas também repercutem nas gerações futuras.

Recentemente foi aprovada no Brasil a reforma trabalhista, defendida como necessária e imprescindível à modernização do sistema e ao crescimento econômico. Em relação a uma das mais importantes dimensões dos direitos sociais, as prestações de previdência social, o governo brasileiro também propôs nova reforma, afirmando a incapacidade do sistema previdenciário, tal como posto atualmente, para garantir os benefícios dos atuais trabalhadores e das gerações futuras - ou seja, a previdência brasileira seria insustentável e tal situação se agravaria em curto e médio prazo.

Dado esse estado de coisas, não é de se estranhar que questões relativas à programaticidade dos direitos sociais venham sendo submetidas aos tribunais de muitos países, inclusive no Brasil e em Portugal, bem como aos tribunais internacionais. Em consequência, surge a discussão sobre os limites da reivindicação dos direitos sociais perante a justiça constitucional, desafiando a criação de parâmetros para uma jurisdição constitucional apropriada, que considere as especificidades dos direitos sociais, na sua essencial fundamentalidade, bem como a questão da sustentabilidade atual e futura dos esquemas de proteção.

A amplitude do tema nos impõe delimitar o objeto de estudo, restrito à eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais perante as situações de crise de recursos

do Estado, buscando desvelar quais as restrições possíveis no âmbito da proteção das prestações sociais.

O tema é sensível, pois envolve perquirir se, como e de que modo podem ser legitimadas a redução, supressão ou não implementação das prestações relativas aos direitos sociais, fundando-se na garantia da saúde econômica dos Estados. Sinteticamente, indaga-se em que medida a crise financeira, ou “estado de necessidade financeiro” pode ensejar restrição, limitação ou supressão de direitos fundamentais sociais.

Na intenção de compreender melhor o desenvolvimento dos direitos sociais, optou-se por realizar um estudo comparativo com outro sistema. A escolha de Portugal como parâmetro de comparação decorreu de vários fatores. Compartilhamos da mesma língua portuguesa, e há recíprocas influências entre os dois sistemas jurídico-constitucionais, o que ocorre desde os primórdios do constitucionalismo, que em ambos os países teve início no mesmo momento histórico e, inclusive, a partir do mesmo texto base. E, na evolução, manteve-se essa aproximação, encontrando-se uma multiplicidade de “empréstimos constitucionais”, sendo o texto da Constituição da República Portuguesa - CRP muito referido nos trabalhos dos constituintes brasileiros por ocasião da elaboração da Constituição da República Federativa Brasileira - CRFB, com notória influência especialmente na disciplina dos temas dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade. Também a doutrina portuguesa é uma grande fonte de consulta para os juristas brasileiros.

Outro elemento importante na opção por Portugal foi o fato de que os textos das Constituições vigentes de ambos os países têm semelhante estruturação, com previsões minudentes e detalhadas acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim, para o objeto da investigação se revelava de grande e especial relevância a jurisprudência do Tribunal Constitucional português acerca das medidas de austeridade adotadas em função do Memorando de Entendimento firmado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, a chamada “jurisprudência da crise”.

Ainda que para melhor compreensão do tema objeto de investigação, no curso do trabalho se desenvolva uma breve abordagem histórico-evolutiva, o recorte em relação ao estudo comparativo foi feito de forma temporalmente restrita aos textos das Constituições vigentes. No curso da pesquisa, buscou-se realizar um ensaio de comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro e português no tocante aos direitos

econômicos, sociais e culturais, a partir dos respectivos textos constitucionais vigentes, iluminados pela interpretação doutrinária e jurisprudencial. Buscou-se nesse compasso identificar os elementos caracterizadores dos direitos sociais nos dois sistemas, no que toca ao conteúdo material, ao regime e à força jurídica e efetividade, apontando-se as principais sintonias e dissintonias entre os dois sistemas.

Desta forma, como objetivo geral deste trabalho, tem-se a investigação da questão da efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais como categoria normativa, identificando a sua efetivação e os limites e possibilidades da sua proteção em tempos de crise.

Como objetivo específico, intenta-se, a partir da investigação dos problemas da categorização constitucional, da eficácia e dos mecanismos de proteção dos direitos sociais nos ordenamentos brasileiro e português, bem como da jurisprudência constitucional sobre os direitos sociais, notadamente a chamada “jurisprudência da crise”, examinar o tema da sobrevivência do Estado Social e da efetividade dos direitos fundamentais sociais em tempos de crise.

A respeito do tema, formulam-se as seguintes proposições. A primeira é de que os direitos sociais têm natureza de direitos fundamentais e devem ter relevância e força jurídica correspondentes à jusfundamentalidade de que são dotados. A segunda hipótese é que os direitos sociais são dotados de eficácia, sendo que a atuação da sociedade e do Estado, por todos os seus poderes, deve-se pautar pela proteção e concretização de seus postulados. Como terceira hipótese, propõe-se que o argumento da crise financeira não autoriza a que os direitos sociais sejam sacrificados no seu núcleo essencial; pelo contrário, a necessidade da sua garantia se torna especialmente necessária em tempos de crise. Como quarta hipótese, propõe-se que a jurisprudência da crise fornece elementos para orientar a forma de proteção e concretização dos direitos sociais em tempos de emergência financeira.

O trabalho foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e documental, doutrinária e também com aporte da legislação e da jurisprudência, de material nacional e estrangeiro. Na abordagem foram adotados os métodos dedutivo e indutivo, aquele de forma preponderante. No procedimento também foi utilizado o método comparativo.

Para a consecução do objetivo proposto, o trabalho é estruturado em três capítulos, de acordo com as linhas de investigação e reflexão desenvolvidas no curso da pesquisa.

No primeiro capítulo, a partir de uma perspectiva histórico-evolutiva do Estado Social, intenta-se refletir sobre a natureza e a categorização dos direitos sociais no quadro dos direitos fundamentais constitucionais. Em prosseguimento, buscando elementos que subsidiem uma melhor compreensão dos direitos sociais, será examinada a afirmação e o reconhecimento dos direitos sociais nos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, a partir de um estudo sobre a evolução da positivação dos direitos sociais em diferentes sistemas jurídico-constitucionais nacionais, bem como nos instrumentos internacionais.

No segundo capítulo será examinado o tratamento dado aos direitos fundamentais sociais nas constituições brasileira e portuguesa. Buscar-se-á a compreensão da estrutura normativa dos direitos sociais no ordenamento jurídico português e no brasileiro, o que se fará a partir das diferentes abordagens constitucionais do tema. Na primeira parte será examinada, em linhas gerais, a estruturação dos direitos sociais nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos dois países, elaborando-se a seguir um ensaio de comparação dos dois sistemas, nos seus elementos essenciais, buscando traçar as assimetrias e simetrias no que toca à categorização constitucional dos direitos sociais, aos seus limites, restrições e mecanismos de tutela.

A questão da eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais sociais no Brasil e em Portugal, pela sua relevância em relação ao objeto de estudo, será analisada a seguir de forma destacada, buscando-se inquirir sobre a sua força jurídica e os problemas relacionados à aplicabilidade. Na parte final deste tópico, o enfoque será direcionado ao problema da proteção dos direitos sociais, buscando identificar a sua sindicabilidade nas diferentes instâncias político-jurídicas e o papel dos diferentes órgãos estatais, especialmente do Poder Judiciário.

No último capítulo, passa-se ao ponto mais sensível da investigação, qual seja, a questão da proteção dos direitos sociais em tempos de crise. Inicia-se este tópico com uma reflexão sobre a crise do Estado Social, perquirindo-se da sobrevivência do modelo e procurando identificar as causas da crise e os seus potenciais desenrolares.

Após, será examinada a jurisprudência do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, com enfoque especial para a chamada “jurisprudência da crise”, indagando-se da sua contribuição para o esclarecimento dos limites às restrições aos

direitos fundamentais sociais fundadas em crises financeiras. Buscar-se-á traçar as melhores formas de composição dos direitos sociais frente a estados de emergência financeira.

Ao final do trabalho, intenta-se esboçar algumas conclusões sobre as inquietações que motivaram a pesquisa, na intenção de contribuir para um aprofundamento das discussões sobre a efetividade dos direitos sociais em tempos de crise.

## CAPÍTULO I

### A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Todo o problema se centra na questão: É dever do Estado, ou não é, prover seus cidadãos indefesos? Eu sustento que é seu dever, que é dever não só do "Estado cristão", (...) mas de todos os Estados.<sup>2</sup>

Throughout the Nation, men and women, forgotten in the political philosophy of the Government of the last years look to us here for guidance and for more equitable opportunity to share in the distribution of national wealth. On the farms, in the large metropolitan areas, in the smaller cities and in the villages, millions of our citizens cherish the hope that their old standards of living and of thought have not gone forever. Those millions cannot and shall not hope in vain. I pledge you, I pledge myself, to a new deal for the American people. Let us all here assembled constitute ourselves prophets of a new order of competence and of courage. This is more than a political campaign; it is a call to arms. Give me your help, not to win votes alone, but to win in this crusade to restore America to its own people.<sup>3</sup>

(...) Social insurance fully developed may provide income security; it is an attack upon Want. But Want is one only of five giants on the road of reconstruction and in some ways the easiest to attack. The others are Disease, Ignorance, Squalor and Idleness.<sup>4</sup>

#### 1.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais<sup>5</sup> estão relacionados indissociavelmente com as noções de liberdade de participação política e com a ideia de democracia. Estado de

<sup>2</sup> Discurso de Otto Von Bismarck em 18 de março de 1875. Livre tradução. BISMARCK, Otto Von. *Ausgewählte Reden des Fürsten von Bismarck. Reden aus den Jahren 1871-1877. v. 2.* Berlin: Kortkamp, s.d., p. 357. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k81736s>. Acesso em 12. jan. 2018.

<sup>3</sup> Discurso de Franklin D. Roosevelt pronunciado em 2 de julho de 1932, apresentando o projeto de governo recuperação da economia americana duramente atingida pela crise de 1929. Disponível em: <https://publicpolicy.pepperdine.edu/academics/research/faculty-research/new-deal/roosevelt-speeches/>. Acesso em 12. jan. 2018.

<sup>4</sup> Trecho do Relatório Beveridge - *Report on Social Insurance and Allied Services*, elaborado por William Beveridge durante a segunda guerra mundial apresentando um plano de proteção social que consolidou o *Welfare State* britânico. Disponível em: [http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19\\_07\\_05\\_beveridge.pdf](http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf). Acesso em 10. set. 2016

<sup>5</sup> Ainda que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais muitas vezes sejam utilizadas como sinônimos, encampa-se neste trabalho a tese da distinção conceitual, adotando-se a expressão "direitos fundamentais" como sendo aqueles com assento em uma ordem jurídica de um determinado Estado, e a expressão "direitos humanos" para referir-se aos instrumentos do direito internacional. Ver, a respeito, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 52-54; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29-35.

Direito, Constituição e direitos fundamentais são concepções que estão intimamente relacionadas e imbricadas. O constitucionalismo moderno se assenta na limitação do poder, na submissão ao direito e na proteção dos direitos fundamentais,<sup>6</sup> constituindo os direitos fundamentais, ao mesmo tempo, “pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo”<sup>7</sup>. Os direitos fundamentais hoje se concebem como bases para a organização das relações sociais, para definir as relações dos homens entre si, entre os indivíduos e o Estado e a própria organização do Estado.

A forma como se exteriorizou o papel do Estado se deu mediante o constitucionalismo contemporâneo, estruturado a partir da concentração de princípios e valores em uma carta básica de organização do Estado, funcionando como limitação ao poder do legislador. Em decorrência, passou-se de um sistema fundado na supremacia do legislador para a prevalência da Constituição, de modo que a Constituição no mundo contemporâneo representa “o eixo, não só orgânico, mas também valorativo, do ordenamento jurídico”.<sup>8</sup>

Nesse evoluir, os direitos que já faziam parte da história humana, numa perspectiva filosófica, como ideias nos pensamentos dos homens, passaram a ser inseridos nas práticas jurídicas e nos ordenamentos jurídicos<sup>9</sup>. A positividade constitucional, não sendo nem necessária nem determinante para o conteúdo dos direitos fundamentais, fez com que se operasse a densificação normativa do seu conteúdo, passando os direitos fundamentais a ser considerados como “elementos constitutivos da legitimidade constitucional”.<sup>10</sup>

O conteúdo dos direitos fundamentais não é estanque ao longo do tempo, nem se desenvolveu de forma idêntica em todos os Estados; como refere Norberto Bobbio, “sabemos hoje que os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja,

---

<sup>6</sup> ROSENFELD, Michel. Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4, p. 117-152, 2004.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 62.

<sup>8</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2. ed. Porto: Universidade Católica, 2015, p. 21.

<sup>9</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 348.

suscetíveis de transformação e ampliação”.<sup>11</sup>

Nesse contexto, nos interessa esclarecer o que são os direitos sociais, se devem ser reconhecidos, e qual a posição que ocupam no sistema jurídico. Trata-se de inquirir se são os direitos sociais verdadeiros direitos, e, em caso positivo, se são direitos fundamentais e se constituem uma categoria constitucional.

São questões relevantes, pois, em que pese os direitos sociais encontrem positividade em tratados internacionais e em boa parte das constituições dos Estados, o seu conteúdo, extensão e regime são temas ainda de contornos nebulosos. Há dúvidas sobre a existência de direitos sociais, sobre a sua categorização como direitos fundamentais, muitas vezes são considerados direitos de menor densidade e eficácia mais débil, ou então são tidos como direitos “de luxo”, de países ricos.

A fim de tentar contribuir para elucidar a problemática da natureza, conteúdo, alcance e limites dos direitos sociais, inicia-se por um breve panorama histórico, partindo-se do marco referencial das origens e do desenvolvimento do Estado Social, buscando situar histórica e cronologicamente os direitos sociais tal como hoje se concebem.

### **1.1.1 Quando a igualdade pega o trem da história: o percurso histórico político dos direitos sociais**

Os direitos sociais, culturais e econômicos, ou mais sucintamente, direitos sociais<sup>12</sup>, tal como hoje concebidos, englobando, dentre outros, prestações de assistência social, saúde, previdência, trabalho, educação, direitos econômicos e direitos culturais, decorreram de uma longa evolução histórica, que não se desenvolveu de forma igual no tempo e no espaço.

As raízes do ideário dos direitos sociais são muito mais antigas do que o seu reconhecimento, que é relativamente recente; constituem avatares históricos do pensamento humano<sup>13</sup>. A espécie humana, como tal, está sujeita às contingências da

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

<sup>12</sup> Por ‘direitos sociais’ devem ser compreendidos os chamados ‘direitos econômicos, sociais e culturais’, em oposição a ‘direitos civis e políticos’, tal como os consagram os pactos internacionais adotados pela ONU em 1966. Na doutrina portuguesa são usualmente referidos ‘direitos, liberdades e garantias’ e ‘direitos e deveres econômicos, sociais e culturais’, tal como constam, respectivamente, dos Títulos II e III da CRP. As duas expressões serão usadas indistintamente neste trabalho.

<sup>13</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p.



vida, e em todas as épocas e sociedades, é constante a preocupação do homem com a garantia de sobrevivência atual e futura, buscando meios de prever os riscos ou minorar os efeitos das adversidades a que está sujeito. Libertar-se do terror e da miséria constitui “*la plus haute aspiration de l’homme*”.<sup>14</sup>

Ainda que seja relativamente recente o reconhecimento mais amplo de que ao conjunto da sociedade cabe alguma responsabilidade pela garantia de um nível mínimo de bem-estar que permita a realização dos projetos de vida individuais e a participação da vida em sociedade, muito antes do Estado moderno pode-se identificar uma “rica pré-história” de políticas e lutas contra a pobreza e a exclusão social.<sup>15</sup>

Desde os primórdios da humanidade que se identificam formas de proteção social, evoluindo desde modos mais rudimentares de amparo, baseados na caridade, religião e na beneficência privada, até benefícios concretos correspondentes a direitos dos cidadãos.

No Estado medieval já se encontravam algumas formas de organização da atividade estatal na proteção dos cidadãos, embrião da futura concepção de Estado de Direito, dentre as quais a Magna Carta inglesa de 1215. Em que pese as previsões resultantes desse pacto, menos que direitos e liberdades verdadeiras, consistissem em concessões de privilégios e regalias a determinados segmentos da sociedade<sup>16</sup>, constituindo-se em “direitos de desigualdade” além de sujeitos a confirmação pelos reis sucessores<sup>17</sup>, encerravam o gérmen de um conjunto de direitos como limitação ao poder real. Nos séculos posteriores essa noção foi se desenvolvendo, evoluindo de direitos assegurados a apenas algumas pessoas ou setores da sociedade a concepções de direitos mais amplas e inclusivas.

Como resultado de duras lutas sociais, as revoluções inglesas resultaram, no século XVII, na elaboração de importantes documentos consagrando declarações de direitos, quais sejam o *Petition of Right*, de 1628, a *Abolition of Star Chamber* de 1641, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e principalmente o *Bill of Rights*, de 1689. Contudo,

---

30.

<sup>14</sup> Em livre tradução: “a mais alta aspiração do homem”. DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013, p. 35.

<sup>15</sup> PIZZARELO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trota. 2007, p. 20.

<sup>16</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 34.

<sup>17</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

tratava-se, ainda, de direito costumeiro, sem a vinculação do Parlamento.<sup>18</sup>

No que toca ao campo dos direitos sociais, as iniciativas mais remotas se traduziam em prestações assistenciais públicas esparsas e não vinculativas, manifestadas em termos caritativos. Constituíram um marco as leis inglesas de assistência social aos miseráveis, a primeira delas a *Poor Law*, em 1536, e posteriormente o *Poor Law Relief Act* (1601).

Embora a variedade empírica de experiências demonstre não existir um padrão único que explique a implantação dos diferentes Estados de bem-estar,<sup>19</sup> fato é que foi com a emergência de um modelo organizativo de Estado de Direito, surgido em determinadas condições históricas como forma de controle de poderes despóticos e para o atendimento de reivindicações por garantia de liberdades, segurança e participação dos indivíduos, que houve o reconhecimento dos direitos sociais. Na síntese de Miguel Carbonell, o reconhecimento dos direitos sociais, pela natureza destes, teve como pressuposto uma combinação de fatores, desde certa forma de organização do Estado, até precondições de carácter psicológico e uma determinada base de valores<sup>20</sup>.

Essas condições se reuniram quando foi consolidado o Estado de Direito fundado na limitação do poder pelas leis democraticamente elaboradas, surgido como reação ao regime absolutista, cujos exageros, aliados ao desrespeito às liberdades e aos direitos políticos ensejaram o movimento histórico revolucionário<sup>21</sup>.

As primeiras formulações do Estado de Direito no constitucionalismo liberal ocorreram em termos de Estado Mínimo, tendo como marco as revoluções liberais burguesas do século XVIII, inspiradas nas concepções filosófico-políticas de Montesquieu e John Locke. Amparavam-se na divisão de poderes, como forma de controle do poder e de garantia da liberdade individual<sup>22</sup>. Encerrando o processo que se iniciara com as revoluções inglesas no século XVII, as revoluções americana e

<sup>18</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21.

<sup>19</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>20</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDOÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231, p. 180.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 42-55.

francesa assinalaram o fim do absolutismo.

Neste curso, a seguir ocorreu a independência norte-americana em 1776<sup>23</sup>, tendo sido no mesmo ano assinadas a Declaração de Direitos da Virgínia, a qual apregoou que todos os homens “são por natureza igualmente livres e independentes e tem certos direitos inerentes”<sup>24</sup> e a Declaração de Independência de 1776. Por fim, foi promulgada a Constituição norte-americana de 1787 e as suas dez primeiras emendas em 1791, constituindo o *Bill of Rights*.

Na mesma época, a Revolução Francesa de 1789, que Vieira de Andrade qualifica como uma contribuição ainda mais espetacular e radical à afirmação jurídica dos direitos fundamentais<sup>25</sup>, estabeleceu a conexão entre a limitação efetiva do poder e as garantias dos direitos encerrados nas declarações. Conforme Perez Luño, foi nessa época que se cunhou a expressão “droits fondamentaux”<sup>26</sup>.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada no mesmo ano, com lastro nas teorias de Kant, Locke e Rousseau<sup>27</sup>, representou o marco do fim de uma era e do início de outra<sup>28</sup>, a era dos direitos. A par de consagrar um rol de direitos fundamentais, estabeleceu uma relação entre a separação dos poderes, a limitação do poder e a garantia dos direitos: “uma sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”, sendo que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem [...]”.<sup>29</sup>

Em que pese algumas das disposições revelassem alguma tendência “social”<sup>30</sup>, esses documentos, elaborados ao influxo das concepções filosófico-

<sup>23</sup> Pérez Luño destaca que as ideias dos colonos vindos da Inglaterra foram decisivas na Revolução Americana. Conforme PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 35.

<sup>24</sup> No original: “SECTION I. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights [...]”. Disponível em [http://www.constitution.org/bcp/virg\\_dor.htm](http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm)

<sup>25</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21.

<sup>26</sup> Conforme PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 29.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85-104.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85, p. 113.

<sup>29</sup> No original: “Article XVI - Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.” e “Article II - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. [...]”. *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>

<sup>30</sup> Refira-se, a título de exemplo, a menção ao direito à educação constante no artigo 22. Idem.

políticas do liberalismo, encetavam uma compreensão individualista da sociedade, sendo, no dizer de Norberto Bobbio, a declaração francesa mais “intransigentemente individualista” do que a americana.<sup>31</sup> Nesses textos, os direitos dos homens não eram os de todos os homens, senão os dos proprietários burgueses<sup>32</sup>.

As concepções liberais que orientaram essa formulação se assentavam na separação de poderes e na garantia das liberdades consideradas essenciais e da propriedade privada. O Estado deveria apenas assegurar a liberdade individual e garantir a possibilidade de desenvolvimento do indivíduo concebido como singular, livre, igual e autodeterminado<sup>33</sup>. Quanto menos Estado, melhor, cabendo apenas manter um aparato mínimo destinado a garantir a proteção das liberdades essenciais dos homens perante o Estado, a não impedir o livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado e a proteger a segurança dos indivíduos em face de ameaças externas.

Quanto ao papel do Direito, nessa primeira formulação de Estado, era o de moldura para as relações sociais baseadas na autonomia da vontade<sup>34</sup>. A esfera de direitos, assentada na tríade formada por igualdade jurídica, liberdade civil e garantia da propriedade adquirida, era restrita aos direitos de defesa dos indivíduos em face do Estado, na garantia da liberdade e da propriedade.

As grandes mudanças sociais e econômicas ocorridas em consequência da Revolução Industrial fizeram surgir um novo panorama social marcado por graves convulsões. Como efeito do processo de industrialização, emergiu uma nova classe social, a dos trabalhadores das indústrias. Formaram-se grandes aglomerações urbanas, houve um aumento da desigualdade e da pobreza. As relações de trabalho sem regulamentação criaram novos riscos sociais.<sup>35</sup>

As conquistas do Estado liberal não eram usufruídas por todas as parcelas da sociedade, e o Estado neutro não realizava a justiça social. O Estado de Direito liberal era um Estado de Direito burguês, que confirmava a distribuição de bens e vedava a

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 90.

<sup>32</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 37-39.

<sup>33</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trota, 2000, p. 19.

<sup>34</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho. In: MUGURZA, Javier (et al.). *El fundamento de los derechos humanos*. Debate: Madrid, 1989, p. 265-277, p. 275.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: BADIA, Miguel Caminal. *Manual de ciência política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 236-260, p. 240.

sua transformação mediante intervenção redistributiva do Estado<sup>36</sup>, garantindo a consolidação intergeracional da propriedade individual mediante o direito de herança, instaurando uma nova estrutura de poder na sociedade<sup>37</sup>.

A opressão econômica causada pela Revolução Industrial degradava as garantias da igualdade em “fórmulas vazias”<sup>38</sup> de pouco adiantando a igualdade da lei “[...] *qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous le ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain*”.<sup>39</sup>

A nova forma de organização das relações de produção acarretou um indivíduo “indefeso”<sup>40</sup>: os sistemas tradicionais de proteção, baseados na individualidade, na caridade, na família, se tornaram insuficientes para garantir o bem-estar dos membros da sociedade. O descontentamento das classes populares, nesse período histórico, constituiu o movimento que se costuma denominar de “questão social”.<sup>41</sup>

O sistema pensado para a proteção dos direitos civis e políticos e da ordem interna não estava aparelhado para fazer frente a essas demandas. Só a proteção das liberdades negativas não bastava para a garantia do bem-estar social, sendo necessária alguma garantia de igualdade material para o pleno desenvolvimento da personalidade.

Emergiram ideias intervencionistas, com a noção de que o Estado devia passar a condutas mais atuantes incorporando medidas tendentes a equilibrar as desigualdades e garantir um mínimo de condições de vida. Denotam o espírito desse tempo o Manifesto Comunista de Marx e Engels, publicado em 21 de fevereiro de

<sup>36</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trota, 2000, p. 31.

<sup>37</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Luis Requejo Pages e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 74.

<sup>38</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Luis Requejo Pages e Ignacio Villaverde Villaverde. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 74.

<sup>39</sup> Em livre tradução: “que proíbe tanto ao rico quanto ao pobre dormir embaixo da ponte, mendigar na rua e roubar pão”. Excerto extraído do romance de Anatole France publicado originalmente em 1896. FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Levy, 1906, p. 118. Disponível em <https://archive.org/details/lelysrouge00franuoft>.

<sup>40</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDOÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231, p. 182-184.

<sup>41</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 48 e ss. Também em TAMER, Sergio Victor. *Legitimidad judicial en la garantía de los derechos sociales*. Especial referencia a la ejecución penal en el Estado del Maranhão, Brasil. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

1848,<sup>42</sup> e a emergência da chamada doutrina social da Igreja Católica, que passou a defender um estado mais interventivo e engajado no combate à pobreza.<sup>43</sup>

Para permitir aos menos favorecidos o pleno exercício das liberdades, eram necessárias ações tendentes à redistribuição de renda e a equilibrar a desigualdade de condições. De todos os atores sociais, o Estado era o mais aparelhado e apto a intervir, garantindo a correção dos desvios do sistema econômico de modo a proporcionar meios e condições para o efetivo exercício das liberdades fundamentais, o qual exige um mínimo de satisfação das necessidades básicas.

Constituindo um passo à frente da mera garantia da liberdade formal, nessa etapa, o que se buscou proteger foi a liberdade material, ou seja, criar condições materiais e efetivas para que todos os membros da sociedade pudessem desfrutar da liberdade; esse novo modelo social de liberdade não é excludente, e sim compatível com o modelo liberal de liberdade.<sup>44</sup>

O Estado social não nega os valores da liberdade, propriedade, segurança e participação política que são básicos do Estado liberal, mas antes pretende garanti-los, proporcionando condições, substrato material, para que se tornem efetivos<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 38.

<sup>43</sup> Refiram-se a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891, a qual pregava o respeito à pessoa humana, a proteção das condições do trabalho, mulheres e crianças, defendia o direito a retribuição adequada mediante salários justos, bem como uma noção de função social da propriedade, recomendando ao Estado cumprir seu papel na distribuição dos bens. A Encíclica *Quadragesimo Anno*, publicada pelo Papa Pio XI, é ainda mais expressa a respeito do princípio da subsidiariedade ou de suplementação, pregando serem deveres do Estado promover o bem comum e combater a concentração de rendas. Sobre a doutrina social da igreja em relação aos direitos de liberdade e de justiça, ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 5. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003, p. 78-86. Também Jörg Neuner entende que a participação da igreja contribuiu para reforçar o reconhecimento dos direitos sociais. NEUNER, Jörg. Los derechos humanos sociales. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, p. 239-265, 2005, p. 243. Da mesma forma, Tim Murphy entende que as concepções da doutrina social da igreja, assim como o liberalismo “de esquerda” e o marxismo mitigado, contribuíram para a formação de uma cultura de justiça social. MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In: FLÖVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.; ARNARDÓTTIR, O. M. (eds), *Ragnarsbók*. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, 2009, pp. 453-484, p. 462-464. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>. Para uma abordagem crítica a respeito da formulação da chamada doutrina social da Igreja, especialmente porque fundada na subsidiariedade da ação estatal em relação às tarefas sociais, ver FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 51-53.

<sup>44</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho. In: MUGURZA, Javier (et al.). *El fundamento de los derechos humanos*. Debate: Madrid, 1989, p. 265-277, p. 275.

<sup>45</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. MADRID: Alianza, 1982, p. 26.

Sinteticamente, a igualdade não mais é concebida como igualdade perante a lei, e sim como igualdade por meio da lei. Os direitos não são mais contra o Estado, mas por intermédio do Estado.<sup>46</sup>

A emergência dos direitos sociais no “constitucionalismo social”, transmutando-se a questão social em uma questão normativa, se deu inicialmente na forma de políticas assistenciais, como socorros públicos aos necessitados, e mais tarde, à seguridade social<sup>47</sup>.

Na Alemanha, na primeira metade do Século XIX, foram elaboradas as primeiras normatizações a respeito de direitos sociais, com as “leis socialistas” de Otto Von Bismarck, buscando um equacionamento dos graves problemas sociais decorrentes do crescimento da indústria, que causou a migração da população para as regiões urbanas, um rápido crescimento populacional e graves problemas nas condições de trabalho e no aumento da pobreza.<sup>48</sup> Deve-se destacar que na cultura alemã já se desenvolviam atividades sociais organizadas, em associações privadas filantrópicas e caritativas de fundo religioso.<sup>49</sup>

Nos anos que se seguiram, surgiram sistemas públicos de amparo ao trabalhador em vários países europeus,<sup>50</sup> tendo havido a implantação de programas de seguro social similares ao modelo alemão na França, Itália e Dinamarca, ainda no século XIX.<sup>51</sup>

Nessa nova forma de organização social, conjugam-se os ideários de liberdade com os de solidariedade, incorporando-se o princípio social ao Estado, o

<sup>46</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 19.

<sup>47</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>48</sup> MITCHELL, Allan. *Socialism and the emergency of Welfare State*. A concise history. Victoria: Trafford, 2012. E-book.

<sup>49</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 51-53. No entendimento do autor, se tratava de uma concepção restrita que se baseava em um modelo residual, por influência da doutrina social da Igreja Católica, criando um modelo de solidariedade forçada mediante o qual eram distribuídos à sociedade os riscos sociais, liberando o Estado de responsabilidades.

<sup>50</sup> SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2016, p. 2.

<sup>51</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinvencción del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

que deu origem ao Estado Social<sup>52</sup>. Atribui-se ao jurista alemão Herman Heller<sup>53</sup> a pioneira defesa do conceito de “Estado Social”.<sup>54</sup> A plasmação do princípio social nos diferentes sistemas jurídicos se deu por variadas maneiras e singularidades<sup>55</sup>, referindo-se dentre outras denominações, *Welfare State*<sup>56</sup>, *Etat Providence*<sup>57</sup>, *Sozialstaat*, Estado de Bem-Estar Social, Estado Social.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> A fim de evitar incompreensões, nesse ponto é necessário consignar-se que são distintos o conceito jurídico de Estado Social de Direito e o conceito não normativo, mas descritivo, sociopolítico e socioeconômico do Estado de bem-estar; entre os dois se vislumbra interrelação, mas eventualmente potencial independência. CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Ano 23, n. 69, set-dez 2003, p. 139-180, p. 140.

<sup>53</sup> Ver, a respeito, HABERLE, Peter. *El estado constitucional*. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autonoma del Mexico, 2003, p. 224. Também em VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2. ed. Porto: Universidade Católica, 2015, p. 38; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 425; FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 57.

<sup>54</sup> Em sua obra *Staatslehre*, traduzida para o espanhol como *Teoría del Estado*, Hermann Heller apontava os artigos 119 e 120 da Constituição de Weimar (referentes ao casamento monogâmico e à educação familiar dos filhos) como reflexo de valores distintos e superiores à mera abstração dos preceitos jurídicos vigentes, constituindo-se também em algo mais que uma simples diretriz para o legislador futuro; defendia também que a justificação de uma Constituição deve se lastrear segundo princípios éticos de direito, os quais se constituiriam como normas sociais de ordenação, bem como regras interpretativas para a decisão judicial. Conforme HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Tradução de Luis Tobío. 6. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 275, p. 298.

<sup>55</sup> LOUREIRO, João Carlos. Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s). *RUA-L. Revista da Universidade de Aveiro* n.º 1 (II. série), 2012, p. 181-232, p. 206.

<sup>56</sup> Briggs refere que a expressão “Welfare State” passou a ser usada a partir de 1945. Conforme BRIGGS, Asa. The Welfare State in historical perspective. *European Journal of sociology* 2(2), p. 221-258.

<sup>57</sup> A propósito, e bem demonstrando a não univocidade dos conceitos, em Portugal a expressão “Estado providência” é normalmente associada a um sentido de Estado corporativo, excessivamente paternalista e outorgando privilégios excessivos. Assim Nabais, para quem o Estado providência é a expressão superlativa do Estado social, nada mais que um seu excesso ou abuso, configurando-se ‘regateiro’, ‘mercador’, no qual as políticas são conduzidas em troca de benesses, sendo lesados tanto os direitos de liberdade quanto a autoridade democrática estatal. Conforme NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 101-103. Também João Loureiro distingue Estado Providência e Estado social, sendo o Estado Providência uma forma patológica de Estado Social, adotando políticas ensejadoras de dependência e passividade social, concepção que teria tido curta duração em Portugal. Conforme LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 10, 18, 52.

<sup>58</sup> Outras terminologias, sinônimas: ‘Estado de bienestar’, ‘Estado de partidos’ ‘Estado socialdemocrata’, ‘Estado de asociaciones’. Conforme GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. MADRID: Alianza, 1982, p. 26. Buscando clarear a imprecisão entre as diversas terminologias, Loureiro propõe que a denominação Estado Social compreenda o sentido dogmático-jurídico, reservando-se as denominações *Welfare State* e Estado Providência às abordagens de cunho sociológico ou econômico. Conforme LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 72.



Se na formulação liberal o objetivo era estabelecer limites ao poder, o Estado Social está assentado na justiça social, incorporando-se a função social às tarefas estatais, fenómeno que representou uma viragem: o Estado passou de “retraído” a “atrevido”<sup>59</sup> na promoção dos direitos sociais. De “inimigo”<sup>60</sup> dos direitos, o Estado passou a ser o promotor desses direitos, configurando-se uma inversão que, na síntese de Canotilho, “[...] polemizou os alicerces sobre os quais estava construído o Estado burguês”.<sup>61</sup>

Não se trata de simples prolongamento do Estado Liberal com o acréscimo dos direitos fundamentais<sup>62</sup>. Se refundam as concepções de lei e direito e a própria conceituação de Estado, configurando-se o Estado Social de direito um organismo sujeito à lei legitimamente estabelecida, que deve se conformar com “os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição ou reconhecidos pela práxis constitucional como normatização de valor pelos e para os quais se constitui o Estado social e que, portanto, fundamentam a sua legalidade”.<sup>63</sup> A Constituição deixa de ser mera estruturação e passa a conter em si a legitimação.

Assim concebido como um aprofundamento do Estado de direito,<sup>64</sup> o Estado Social representou uma forma de composição das demandas emergentes, inserindo um ponto de equilíbrio nas tensões entre os interesses dos diversos setores da sociedade. Esse compromisso ensejou e permitiu o crescimento das economias capitalistas, representando a ‘dupla face’ da trajetória do Estado Social<sup>65</sup>, como produto da combinação da economia capitalista e dos regimes de democracia pluralista - ao mesmo tempo em que busca promover uma correção das mazelas do

<sup>59</sup> Toma-se de empréstimo a expressão usada por Carla Amado Gomes, em GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes. *Scientia Juridica*. Braga, tomo LVII, n. 315, jul-set 2008, p. 409-426, p. 409.

<sup>60</sup> CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios Constitucionales*, ano 6, n. 2, 2008, p. 43-71.

<sup>61</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 365.

<sup>62</sup> VEGA GARCÍA, Pedro de. El problema de los derechos fundamentales en el Estado Social. *Anuário Jurídico de La Rioja*, n. 3, 1997, p. 365-386, p. 369.

<sup>63</sup> No original: “los preceptos sociales establecidos por la Constitución o reconocidos por la praxis constitucional como normativización de unos valores por y para los cuales se constituye el Estado social y que, por tanto, fundamentan su legalidad”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1982, p. 64.

<sup>64</sup> CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Ano 23, n. 69, set-dez 2003, p. 146.

<sup>65</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 36.

capitalismo, permite o exercício da democracia.<sup>66</sup>

Tanto é assim que, historicamente, e não por coincidência, ainda que a noção de direitos sociais já integrasse a cultura e a história da humanidade, o processo de efetivo reconhecimento desses direitos como categoria normativa foi contemporâneo ao modelo do Estado de Direito. Na síntese de Jeff King, “os direitos sociais começaram a ser reconhecidos como direitos humanos na mesma época em que a igualdade democrática emergiu no ocidente”,<sup>67</sup> guardando estes estreita correlação com o conceito de Estado Social<sup>68</sup>.

A respeito do percurso histórico evolutivo do Estado Social, é importante sinalar que esse desenvolvimento não deve ser compreendido num sentido estanque ou de contraposição, de pretensa existência de dois paradigmas diversos. Ao passo que o Estado liberal acolhia direitos individuais e também alguns direitos sociais, o Estado Social incorporou o modelo do Estado liberal, não só o superando, mas também acolhendo o seu legado.<sup>69</sup>

Ao período inicial, seguiu-se, na história, uma fase de ampliação do constitucionalismo e do reconhecimento dos direitos fundamentais. Todos os direitos fundamentais, e particularmente os direitos sociais, tiveram um incremento significativo, com ampliação das políticas sociais e das formas de garantia dos direitos sociais, os quais foram sendo progressivamente inseridas em textos normativos legais e constitucionais.

Um documento essencial e que deve ser referido, nesse contexto evolutivo, é o relatório Beveridge - *Report on Social Insurance and Allied Services*, elaborado por William Beveridge, durante a segunda guerra mundial, em 1942, complementado por uma segunda versão em 1944. Superando as concepções tradicionais inglesas baseadas no pauperismo e localismo das políticas sociais<sup>70</sup>, o relatório encerrava um sistema unificado e mais amplo de proteção social, com a concepção de proteção

<sup>66</sup> SÀNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: BADIA, Miguel Caminal. *Manual de ciência política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 236-260, p. 236.

<sup>67</sup> No original: “social rights began to be generally recognised as human rights around the same time democratic equality emerged in the West”. KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 23.

<sup>68</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 15.

<sup>69</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20-21.

<sup>70</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

social do berço ao túmulo (*cradle-to-grave*). Estado e particulares deviam se unir para combater os cinco *giants* que ameaçam o bem-estar dos indivíduos e da sociedade: miséria, doença, ignorância, insalubridade e ociosidade, de forma que fossem asseguradas a todos condições mínimas de subsistência. Continha previsões a respeito de saúde, educação, bem como prestações assistenciais e outras do tipo previdenciário<sup>71</sup>. O relatório Beveridge consolidou as bases do *Welfare State* britânico, inspirando outros sistemas<sup>72</sup>.

Esse processo se ampliou especialmente a partir do final da segunda guerra mundial, em função não só de condições políticas, da devastação causada pela guerra, do medo da ‘ameaça comunista’, mas também de uma conjuntura econômica extremamente favorável, correspondente aos “anos de ouro”, os “30 gloriosos”, durante o qual muitas nações, especialmente as europeias, viveram um período de grande prosperidade e progressos nas áreas social, tecnológica e econômica. Refira-se como fatores associados que também contribuíram para a expansão das políticas sociais: a distribuição demográfica, as mobilizações laborais dos trabalhadores, o movimento dos direitos civis, as crescentes taxas de urbanização e de educação.<sup>73</sup>

Nessas condições, formou-se certo consenso político a respeito da compatibilização da economia mista com a “cidadania social”, pleno emprego e prestação de assistência social<sup>74</sup>. Assim, na segunda metade do século XX, vários Estados europeus afirmaram-se como Estados Sociais,<sup>75</sup> iniciando-se um processo

<sup>71</sup> Refira-se que o sistema de proteção social do relatório Beveridge era tendente a um modelo universal, fundado na solidariedade; previa políticas de progresso social e conteúdos mínimos de direitos sociais, independentemente de contribuição. Dentre outras previsões, destacam-se a centralização e unificação dos diferentes benefícios e sistemas então existentes (parágrafos 303 a 309); prestações de saúde e assistenciais não contributivas, custeadas mediante recursos fiscais; pensões, benefícios por incapacidade, velhice, desemprego, invalidez, acidente e doenças, custeados por meio de contribuição tripartite (empregados, empregadores e Estado). As referências aos ‘giants’ e à cooperação entre o Estado e os indivíduos constam nos itens 8 e 9, pg. 6, do documento. Excerto parcial do relatório disponível em: [http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19\\_07\\_05\\_beveridge.pdf](http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf). Acesso em 10. set. 2016.

<sup>72</sup> Até os dias de hoje, concebe-se a divisão dos modelos de seguridade social, sendo um deles o tipo ‘beveridgiano’ em oposição a ‘bismarckiano’, este último baseado nas leis alemãs, de abrangência mais restrita e fundamentado na contrapartida contributiva. A respeito, ver VAN PARIJS, Philippe. Au-delà de la solidarité, les fondements éthiques de l’Etat-Providence et de son dépassement. *Futuribles* 184, p. 5–29, 1994.

<sup>73</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>74</sup> SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2016, p. 6.

<sup>75</sup> Refiram-se a Constituição da Itália de 1947 e a de Portugal em 1976 e a incorporação do princípio social na Constituição Espanhola de 1978 (art. 1º, inc. 1).

evolutivo até o que hoje podemos chamar de ‘constitucionalismo social’<sup>76</sup>. Para Ferrajoli, esse processo talvez constitua “uma das mais importantes conquistas da civilização jurídica e política do século passado”.<sup>77</sup>

No curso do tempo, houve não só um salto quantitativo mas também qualitativo nas políticas sociais, que evoluíram de iniciativas mais tímidas, com poucos benefícios e recursos limitados, para a extensão a programas mais abrangentes e de titularidade mais ampla. Da previsão inicial de programas de proteção em face de acidentes do trabalho, enfermidades, invalidez e idade avançada, em uma segunda fase houve a ampliação para pensões e proteção contra o desemprego e em uma terceira fase se incluíram benefícios para famílias. Quanto à cobertura, a qual no começo era reservada a determinadas classes de trabalhadores, se estendeu para abranger outras classes, e a seguir aos dependentes, aos trabalhadores autônomos, tendendo por fim a uma maior universalidade, inclusive compreendendo a classe média como destinatária de programas sociais. Também no aspecto da elegibilidade, os programas sociais evoluíram para uma tendência a benefícios com critérios mais generosos e flexíveis.<sup>78</sup> Sintetiza Célia Kertenetzky que historicamente o padrão

<sup>76</sup> Herrera define constitucionalismo social como sendo o movimento de incorporação das cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social nos textos constitucionais. HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book. Wolkmer situa o constitucionalismo social dentro de um quadro no qual são incorporados aos textos constitucionais os temas da “ordem econômica e social”, legitimando as imediatas relações entre as estruturas de poder estatal e a estrutura de dominação societária; refere a heterogeneidade do constitucionalismo social, não se podendo demarcar um paradigma absoluto, sendo identificáveis historicamente vários modos de manifestação: (a) pela simples evolução de uma etapa posterior ao desenvolvimento econômico e quando a classe burguesa já se encontrava numa fase redistributivista (caso do processo político inglês); (b) decorrente de um processo revolucionário (caso russo e mexicano); (c) de forma não espontânea, imposto autoritariamente no intuito de lograr a arrancada para o desenvolvimento industrial e a integração da sociedade burguesa (prática ‘bismarquiana’, ou ‘prussiana’); refere ainda a especificidade do constitucionalismo periférico brasileiro. WOLKMER, Antônio Carlos. Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 189-200, p. 190, p. 192-193.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 17. Também DE CABO MARTIN, Carlos. El tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 19, p. 199-213, 2007, p. 200. Para Supiot, o Estado Social foi a grande invenção institucional do Século XX, por ter operado a modificação da ordem jurídica liberal em dois de seus aspectos essenciais, a um, inserindo no direito das obrigações a dimensão física e geracional da vida humana e a dois, introduzido na ordem jurídica a dimensão de autodeterminação coletiva. SUPIOT, Alain. *Grandeur et misère de l'État social*. Paris: Fayard/College de France, 2013, 62 p. Disponível em: <http://books.openedition.org/cdf/2249>.

<sup>78</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

evolutivo do Estado Social partiu dos países menos para os países mais desenvolvidos, industrializados e democráticos (da Alemanha, França e Áustria para a Inglaterra e Estados Unidos); em alguns casos a causa predominante foi a proximidade com Estados de bem-estar já implantados (refere o caso da Áustria, Bélgica e França em relação à Alemanha); posteriormente os países menos desenvolvidos implantaram o Estado Social como meio para alcançar o desenvolvimento; outros países foram mais tímidos em relação ao tema (Estados Unidos da América).<sup>79</sup>

Entretanto, especialmente depois de 1970, passou-se a uma nova fase do Estado Social, também em função de reflexo da crise do petróleo e de alterações no consenso político, especialmente pelo predomínio das correntes neoliberais, e que se caracterizou principalmente pela privatização dos serviços sociais. Além disso, no período houve também mudanças na titularidade dos benefícios e expansão da proteção social a outras áreas de intervenção pública, como os serviços sociais e políticas ativas no mercado de trabalho. Célia Kertenetzki considera que tais mudanças não desvirtuaram o Estado Social e as políticas sociais, e sim representaram uma reorientação do Estado Social, pela necessidade de adaptação aos novos riscos, às novas realidades sociais, mudanças tecnológicas e às mudanças demográficas.<sup>80</sup>

Esse modelo de Estado Social que foi se implantando na Europa logo a seguir à 2ª guerra mundial demorou algum tempo a se expandir para outras regiões, inclusive aos países da América Central e da América do Sul. Somente algumas décadas mais tarde, surgindo os Estados de Bem-Estar tardios, que se constituem um “microcosmos que alberga mundos de bem-estar distintos e enfrenta obstáculos diferentes”. Nas décadas de 1990 e 2000 as Constituições desses países progressivamente passaram a incorporar o princípio social<sup>81</sup> e direitos sociais aos textos constitucionais.<sup>82</sup>

Sobre as causas que levaram à emergência tardia do Estado Social nos

<sup>79</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>80</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>81</sup> Consta nas Constituições da Colômbia em 1991, art. 1º; Paraguai em 1992, art. 1º, Equador em 1998, art. 1º; Venezuela em 1999, art. 1º.

<sup>82</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

países latino-americanos, Célia Kertenetzky refere que apenas muitos anos depois da Europa os países latino-americanos alcançaram condições políticas e econômicas para a ampliação de gastos sociais. Trata-se de região com alta concentração de renda e riqueza, grandes níveis de pobreza e um dos mais altos índices de desigualdade social.<sup>83</sup>

No período de industrialização e urbanização do pós-guerra, na América Latina os regimes democráticos ainda eram iniciantes ou inexistentes, e estabeleciam proteção seletiva que privilegiava alguns grupos, deixando boa parte da população fora do amparo das políticas sociais. Somente na década de 90 com a implantação de regimes democráticos é que se reconstruíram os regimes constitucionais, como por exemplo no Chile e no Brasil.<sup>84</sup>

Se de um lado começou a haver maior atenção aos direitos sociais, em concomitância tratou-se de um período de recessão econômica, sendo que as dívidas externas desses países levaram a programas de ajustamentos estruturais nos quais houve a retração das políticas sociais. A partir dos anos 2000, com a retomada do crescimento econômico ocorreu em paralelo também a solidificação dos processos democráticos, processo que, para Gargarella, decorreu das reações à crise econômica dos anos 90.<sup>85</sup>

Nesse período, firmaram-se alianças políticas que permitiram a implantação de políticas sociais redistributivas com resultados um pouco mais efetivos; em paralelo a um aumento da carga tributária, aumentaram os investimentos em educação, saúde, aposentadorias e benefícios assistenciais. Começou a ocorrer de forma ainda lenta a diminuição dos índices de pobreza, a melhora dos níveis de educação e a redução das desigualdades.<sup>86</sup>

Ainda que se possam identificar alguns elementos em comum, a América

---

<sup>83</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>84</sup> GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: Social rights and the “engine room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014, p. 9-18, p. 13.

<sup>85</sup> GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: Social rights and the “engine room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014, p. 9-18, p. 14-16.

<sup>86</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

Latina apresenta grande “complexidade e heterogeneidade socioeconômica”<sup>87</sup> a qual se reflete no desenvolvimento do Estado Social que não pode ser enquadrado em uma moldura única.

Célia Kertenetzky entende que, em que pese o recente desenvolvimento de políticas sociais na América Latina, a cobertura do Estado Social não foi ainda aceitável, dado que as desigualdades econômicas arraigadas na excessiva concentração de riquezas e a precariedade dos mercados de trabalho seguem profundas. Aduz que ainda há um nível inadequado de gastos sociais e de impostos e que as políticas redistributivas continuam sendo necessárias.<sup>88</sup>

No tópico que segue, particulariza-se o desenvolvimento do Estado Social no caso brasileiro, buscando, a partir da evolução histórica, sinalar as suas peculiaridades e especificidades.

### 1.1.2 A trajetória dos direitos sociais no Brasil: um percurso acidentado

O primeiro texto constitucional brasileiro, outorgado de forma autoritária depois da dissolução da assembleia constituinte<sup>89</sup>, data de 1824<sup>90</sup> e encerrava um rol de direitos civis e políticos, ao tempo em que expressava os valores do constitucionalismo liberal<sup>91</sup>: no seu artigo 179 assentava os direitos civis e políticos na liberdade, na segurança individual e na propriedade. Assegurava ao Imperador, detentor do Poder Moderador zelar pela manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia entre os poderes políticos (art. 98), reservando-se ainda o direito de nomear e destituir o governador provincial. Embora estabelecesse a independência judicial (artigo 151), assegurava ao Imperador a faculdade de suspender os magistrados em virtude de queixas que contra eles fossem recebidas. Dentre os

<sup>87</sup> DRAIBE, Sônia M.; RIESCO, Manuel. Estados de Bem-Estar Social e estratégias de desenvolvimento na América Latina. Um novo desenvolvimento em gestação? Sociologias, Porto Alegre, ano 13, n. 27, mai./ago. 2011, p. 220-254, p. 221.

<sup>88</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinvencción del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>89</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 92-93. Na síntese de Souza Neto e Sarmento, “a ideia subjacente à Constituição do Império corresponde a uma fórmula de compromisso entre o liberalismo conservador e o semiabsolutismo”. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 101.

direitos arrolados no artigo 159, havia apenas algumas previsões que podem ser consideradas de cunho social: no inciso XXXI mencionava os ‘socorros públicos’ e no XXXII garantia a instrução primária gratuita. Foi a Constituição com maior período de vigência em toda a história brasileira e na época era a segunda mais longeva no mundo, junto com a Constituição americana.<sup>92</sup>

Enquanto a Revolução Industrial crescia na Europa no período de 1820 a 1830, o Brasil nessa época tinha uma economia industrialmente atrasada, centrada nas grandes propriedades rurais e sustentada pelo trabalho escravo<sup>93</sup>. Grande parte da população brasileira era analfabeta e não tinha acesso aos bens mais básicos. A participação eleitoral era restrita apenas aos homens, e ainda assim apenas acima de determinada faixa de renda; o sistema eleitoral era sujeito às burlas e aos votos ‘de cabresto’. Em 1881, os requisitos para votar foram ainda mais endurecidos, elevando-se a renda mínima necessária e tornando o voto facultativo, o que afastou ainda mais o eleitorado<sup>94</sup>.

As elites brasileiras estavam pouco preparadas para a democracia, situação que não se alterou muito com o enfraquecimento do regime, que culminou no fim do império e na proclamação da República em 1889.

A Constituição de 1891, com apenas 91 artigos, inspirada na Constituição norte-americana, foi elaborada por assembleia constituinte em apenas cinquenta e oito dias<sup>95</sup>; trazia ainda menos direitos sociais que a Constituição do império e suprimiu o voto dos analfabetos. Para Bonavides e Andrade, representou “o coroamento do liberalismo no Brasil”; todavia, “entre a Constituição jurídica e a constituição sociológica havia enorme distância”;<sup>96</sup> as dimensões continentais do território brasileiro não contribuía para a formação de uma nação cidadã. A participação na

<sup>92</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>93</sup> REIS, Carlos Nelson dos. Capitalismo, direitos sociais e políticas sociais no Brasil: algumas notas exploratórias. In: FLICKINGER, Hans-George (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 17. Destaca Villa ter sido o último país da América Latina a abolir a escravidão. VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>94</sup> Em relação ao tema da formação da cidadania, neste tópico, toma-se por base a obra *A cidadania no Brasil: o longo caminho*, na qual José Murilo de Carvalho examina as peculiaridades do desenvolvimento da cidadania no Brasil e as complexas causas que influíram na formação do povo brasileiro e em sua relação com o Estado e a nação. CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-42.

<sup>95</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 249.



política era limitada a pequenos grupos, restando em geral a população alijada dos grandes acontecimentos nacionais<sup>97</sup>.

Por outro lado, a manutenção da concentração de grandes propriedades rurais ensejava a cultura do ‘coronelismo’, com predomínio do arbítrio e marcada incursão do poder privado no domínio público<sup>98</sup>: os proprietários de terra criavam seus próprios códigos de conduta, com controle rígido sobre os trabalhadores. Evidenciava-se o que Raymundo Faoro destaca como elemento marcante na formação cultural brasileira: o exercício do poder como apropriação do público pelo privado, tendo como características o patrimonialismo, o personalismo e o paternalismo; por outro lado, em que pesem as transformações políticas e econômicas, preservaram-se as estruturas calcadas na concentração de poder nas mãos de uma minoria e na desigualdade social.<sup>99</sup>

A cidadania política e a civil não se desenvolviam, sufocadas pela violência, pela negação da justiça<sup>100</sup>. A assistência aos camponeses era proporcionada pelos donos de terra, condicionada ao trabalho e à fidelidade, vistos, assim, como favores, concessões; de certo modo prorrogava-se a estrutura escravocrata até então existente.<sup>101</sup> A influência dos donos da terra se estendia inclusive em relação aos membros do Poder Judiciário, serventuários judiciais, Ministério Público e delegados de polícia.<sup>102</sup>

No aspecto da proteção social somente se identificavam no período iniciativas esparsas, de cunho caritativo e beneficente, prestadas por instituições particulares ou religiosas. Inexistia, na prática, proteção aos trabalhadores.

Contudo, no meio urbano o novo operariado, engrossado pelos imigrantes europeus recém-chegados, protestava contra as condições de trabalho nas novas fábricas, sempre sob forte repressão do Estado. Foi editada em 1919 a primeira regulamentação normativa sobre acidentes de trabalho (Decreto 3.724). Nessa época

<sup>97</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 83.

<sup>98</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. E-book.

<sup>99</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 61, p. 107.

<sup>100</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 52-57.

<sup>101</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 34.

<sup>102</sup> LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. E-book.

ganhou força no Brasil a ‘questão social’, sendo objeto de famoso discurso de Ruy Barbosa durante a campanha presidencial de 1919, em uma conferência realizada no Teatro Lírico do Rio de Janeiro, no qual se identifica o projeto de instituição de um Estado Social:

Eis por que motivos, senhores, grave desacerto me parece reduzir a boa causa operária a uma dependência essencial da sistematização socialista. Daí o não alistar-me eu no socialismo, professando, entretanto, ao mesmo tempo, como tenho professado, a mais sincera adesão ao movimento operário nos seus propósitos razoáveis, nas aspirações irrecusáveis, que encerra, em muitos dos seus artigos, o seu programa de ação.

A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.

Estou, senhores, com a democracia social.<sup>103</sup>

Data de 1923 a primeira regulamentação normativa de um regime de previdência social, o Decreto Eloy Chaves (Decreto 4.682), que criava uma Caixa de Aposentadoria e Pensão, a qual era exclusiva para os ferroviários. Em 1926, foi criado um instituto similar para os funcionários da União, tendo ocorrido posteriores expansões, segmentadas por categorias profissionais e restritas ao trabalho urbano.

Na avaliação de Souza Neto e Sarmiento, nesse período da história constitucional do Brasil manteve-se o abismo entre o texto constitucional liberal e democrático e a realidade social autoritária e oligárquica.<sup>104</sup>

Depois da Revolução Constitucionalista de 1930 que pôs fim à República Velha, um dos primeiros atos do governo revolucionário – não sem antes dissolver as casas legislativas e excluir da apreciação judicial os atos praticados pelo governo - foi criar um Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a seguir começando um processo de ampliação da legislação trabalhista e previdenciária<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> BARBOSA, Rui. *A questão social e política no Brasil*. Conferência pronunciada no Teatro Lírico do Rio de Janeiro a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: LTr; Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1988, p. 19.

<sup>104</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 116.

<sup>105</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro:

De certo modo, institucionalizava-se no Brasil a praxe de contrabalançar a violência aos direitos políticos com prestações sociais, como concessões, benesses, favores paternalistas, constituindo-se os direitos sociais menos conquistas históricas e mais como “expressão da supremacia social revolucionária de um Estado autoritário”.<sup>106</sup> Tratou-se de um “modelo brasileiro periférico de revolução feita ‘pelo alto’”.<sup>107</sup>

O fenômeno do paternalismo e das políticas sociais como benesses ‘salvadoras’, também é destacado por Raymundo Faoro, que refere que no Brasil as eventuais crises de legitimidade do poder são solucionadas com benesses outorgadas “de cima para baixo”. Nas palavras do autor, sinteticamente, “o povo quer a proteção do Estado, parasitando-o, enquanto o Estado mantém a minoridade popular, sobre ela imperando”.<sup>108</sup>

O regime foi derrubado em função de grandes conflitos políticos, tendo no período ocorrido diversas revoltas militares – as rebeliões ‘tenentistas’. Na Revolução de 1930, a presidência foi assumida por Getúlio Vargas. Houve dissolução do parlamento e destituição dos governadores dos Estados e de seis ministros da Suprema Corte.<sup>109</sup>

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição<sup>110</sup>, resultado dos trabalhos de uma assembleia constituinte nomeada em virtude de movimento constitucionalista em 1932. A Carta Constitucional foi inspirada na Constituição de Weimar, na Constituição

---

Civilização Brasileira, 2002, p. 87.

<sup>106</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 34.

<sup>107</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 189-200, p. 198.

<sup>108</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 828. Nas palavras do autor, “Na base da pirâmide, no outro extremo dos manipuladores olímpicos do poder, o povo espera, pede e venera, formulando a sua política, expressão primária de anseios e clamores, a política de salvação. Confundindo as súplicas religiosas com as políticas, o desvalido, o negativamente privilegiado, identificado ao providencialismo do aparelhamento estatal, com o entusiasmo orgiástico dos supersticiosos, confunde o político com o taumaturgo, que transforme pedras em pães, o pobre no rico. Enquanto o estamento burocrático desenvolve a sua política, superior e autônoma, remediando as crises com as revoluções bonapartistas, de cima para baixo, desenvolve-se a mística da revolução salvadora”. Idem, p. 832.

<sup>109</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>110</sup> Texto integral disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

espanhola de 1931<sup>111</sup> e na Constituição Mexicana de 1917<sup>112</sup>. No preâmbulo, consignava a organização de um regime democrático, que assegurasse a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Mas sobrevalorizava os poderes do Executivo, com previsões autoritárias e concentração de poder.

Com 187 artigos, fixou um rol de direitos e garantias, dentre os quais o direito ao trabalho (artigo 114, 34); pela primeira vez foi inserido em um texto constitucional um título sobre a ordem econômica e social (título IV); previu o amparo aos desvalidos, à maternidade, à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a proteção da juventude e a adoção de medidas de combate à morbidade e à mortalidade infantil (art. 138); considerou a saúde e assistência públicas como competência concorrente da União e dos Estados (art. 10); a educação como direito de todos (art. 149) e previu a proteção da cultura (art. 148) e a autonomia sindical. Criou a Justiça do Trabalho (art. 122) e a representação corporativa na Câmara Legislativa (art. 23).

Em que pese este diploma constitucional tenha inaugurado o constitucionalismo social no Brasil<sup>113</sup>, não se tratava de uma construção com participação popular; ademais, era grande a sua divergência interna, encerrando dois projetos políticos antagônicos e não bem compostos na realidade social, o liberalismo combinado a fortes tendências intervencionistas.<sup>114</sup> A elite política, e especialmente o presidente da República, não partilhava dos ideais democráticos.<sup>115</sup> Na síntese de Wolkmer, a Constituição de 34 constituiu um recurso da antiga oligarquia para se manter no poder, tanto que “demonstra, nos parâmetros de seu hibridismo, o entreabrir de uma complexa ambiguidade onde, de um lado, parece tratar-se de um ‘pacto político’ verdadeiramente pioneiro e avançado, de outro, a ilusão de um conteúdo que não transmite exatamente a nova roupagem”.<sup>116</sup>

Teve vida breve, tendo sido revogada pela Constituição de 1937, proclamada em um golpe de Estado de Getúlio Vargas e inspirada nos regimes fascistas

<sup>111</sup> REIS, Carlos Nelson dos. Capitalismo, direitos sociais e políticas sociais no Brasil: algumas notas exploratórias. In: FLICKINGER, Hans-George (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 24.

<sup>112</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>113</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 119.

<sup>114</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 320.

<sup>115</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>116</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 130.

européus<sup>117</sup>, dando início ao período de regime autoritário conhecido como Estado Novo. Promovia a centralização do poder, a pulverização do legislativo, uma administração burocrática e autoritária. O projeto de constitucionalismo social de 1934 soçobrava, mesma sina da Constituição de Weimar<sup>118</sup>. A justificativa para tanto, declarada nas palavras do então Ministro da Justiça Francisco Campos, era de que se tratava de uma Constituição “antedatada ante o espírito do tempo. Destinava-se a uma realidade que deixava de existir. Conformada em princípios cuja validade não resistira ao abalo da crise mundial” [...] “com o agravante de enfraquecer e anemizar o poder público”.<sup>119</sup>

A Carta Constitucional de 1937 teve muito pouca, ou nenhuma efetividade, dado que, no período, o país manteve-se em estado de emergência, com o Congresso fechado.<sup>120</sup>

Na sua vigência, o governo autoritário ‘populista’ com um governante paternalista – ‘o pai dos pobres’ -, se ampliou, no plano infraconstitucional, a legislação de proteção social, tendo sido inclusive editada a primeira consolidação das leis trabalhistas do Brasil. Contudo, o contexto político social era de enorme repressão e de quase nenhuma participação política, aos quais se aliava a seletividade da distribuição dos benefícios sociais; assim, não se pode situá-los como conquistas democráticas<sup>121</sup>.

Aos poucos, os institutos de aposentadorias e pensões foram sendo estendidos a todas as categorias urbanas; os trabalhadores rurais e domésticos, entretanto, ainda permaneciam excluídos do sistema de seguro social.

Celia Kertenetzky compara o nascimento das políticas sociais no Brasil nessa época ao processo ocorrido décadas antes na Alemanha, dado que ambos se sustentavam na ideia de construção nacional de um Estado unificado, com investimento em industrialização e seguridade social. Contudo, enquanto na

<sup>117</sup> REIS, Carlos Nelson dos. Capitalismo, direitos sociais e políticas sociais no Brasil: algumas notas exploratórias. In: FLICKINGER, Hans-George (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 24.

<sup>118</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 325.

<sup>119</sup> Apud BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 337-338.

<sup>120</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 128.

<sup>121</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 100.

Alemanha o Estado Social se expandiu de forma acelerada, no Brasil por várias décadas as políticas sociais se reduziram a um modelo corporativo, compreendendo previdência social e regulação do trabalho, com escassa eficácia redistributiva e pouca cobertura em áreas relevantes como saúde pública, educação, saneamento.<sup>122</sup>

Com a queda de Getúlio Vargas, uma nova Constituição foi promulgada em 1946,<sup>123</sup> elaborada por Assembleia constituinte eleita, inaugurando um período que José Murilo de Carvalho qualifica como sendo a primeira experiência democrática da história brasileira.<sup>124</sup> O novo texto constitucional buscou conciliar liberalismo político e democracia com o Estado Social<sup>125</sup>, ressolidificando o constitucionalismo social, cuja estrutura legal e administrativa já se encontrava formalmente instalada,<sup>126</sup> ao menos no que toca à proteção previdenciária e trabalhista. Conforme o texto da Constituição, a ordem econômica deveria se organizar conforme os princípios da justiça social, conciliando a livre iniciativa e a valorização do trabalho (art. 145). O artigo 157 elencava os direitos trabalhistas e previdenciários, dentre os quais a remuneração suficiente às necessidades do trabalhador e sua família, férias, repouso, direito da gestante ao descanso depois do parto; previa ainda a participação direta e obrigatória dos empregados no lucro das empresas, nos termos e conforme determinasse a lei (inciso IV). No artigo 158, reconhecia o direito de greve; a educação era considerada direito de todos (artigo 166).

Comentando o cenário da época, Bonavides e Andrade referem que a redação da constituição evidencia os esforços de conciliação do Estado liberal com o Estado social; contudo ao final as disposições sociais da Carta de 1946, menos que instituírem direitos, ficaram no plano das meras declarações de boas intenções, em face do contexto político<sup>127</sup>. Nesse período não houve inovações significativas nas políticas sociais, mantendo-se no geral o sistema de estruturação em bases

<sup>122</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinvencción del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>123</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)

<sup>124</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 127.

<sup>125</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 133.

<sup>126</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 411.

<sup>127</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 414-415 e 419.

corporativas.<sup>128</sup>

Foi uma fase em que chegou a haver alguma estabilidade constitucional democrática, mas que também foi pontuada por períodos conturbados de divisão de ideologias, embates e sérias crises políticas,<sup>129</sup> agravadas pela falta de organizações fortes e representativas e pela pouca cultura democrática<sup>130</sup>. As duas diferentes correntes foram se radicalizando, e ao final de uma sucessão de graves acontecimentos - renúncia do presidente eleito Jânio Quadros, resistência à aceitação da posse do vice-presidente João Goulart -, a organização democrática foi dissolvida em um golpe militar.

Os primeiros anos da ditadura militar foram um período de grande repressão política, que se traduzia na edição de 'atos institucionais'. Depois de várias emendas ao texto constitucional de 1946, foi promulgada uma Constituição em 1967 e uma Emenda Constitucional em 1969, a qual, na prática, foi uma nova constituição, pois reordenou totalmente o texto anterior.

Em paralelo a um grande crescimento econômico, o chamado 'milagre econômico' no início dos anos 70, houve uma grande expansão dos direitos sociais. Em sucessivas regulamentações legais, a proteção previdenciária foi estendida aos trabalhadores rurais, ainda que na forma de benefícios bem menos generosos do que os previstos para o trabalhador urbano; depois foi ampliada para incluir os domésticos e os trabalhadores autônomos<sup>131</sup>.

Este período constitui um marco a inaugurar uma nova fase, de consolidação e expansão do Estado Social no Brasil que se iniciara na década de 1930. Para Sônia Draibe, o fato de que as duas grandes fases da produção legislativa acerca dos direitos sociais, a primeira na década de 30 e a segunda nesta época, terem ocorrido ambas em períodos históricos ditatoriais, tende a referendar a tese de que, mais do que conquistas da cidadania, a legislação social decorreu de "ações preventivas da elite e da busca de formas de legitimação via política social".<sup>132</sup> Para Celia Kerttenetzky,

<sup>128</sup> KERTTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>129</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 136.

<sup>130</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 127.

<sup>131</sup> Respectivamente, pela Lei Complementar 11/71, Lei 5859/72 e Lei 5890/13.

<sup>132</sup> DRAIBE, Sônia Miriam. O welfare state no Brasil: características e perspectivas. *Caderno de Pesquisa n° 8*, São Paulo, UNICAMP, Núcleo de Estudo de Políticas Públicas, 1993, p. 19.

a nova fase se caracterizou por uma tendência que denomina de “universalismo básico”, com a extensão de alguma proteção social de forma mais generalizada e não estratificada.<sup>133</sup>

A crise do petróleo em 1973 que repercutira em nível global trouxe desafios ao quadro de prosperidade econômica também no Brasil. No aspecto político, iniciou-se um lento processo de abertura democrática, com avanços e retrocessos. Apesar de forte mobilização popular, no movimento que ficou conhecido como “Diretas Já”, não se logrou alcançar o quorum necessário à votação da emenda constitucional que previa eleições diretas para a presidência da República. Realizadas eleições indiretas, e a assembleia constituinte para elaborar o novo texto constitucional foi convocada por conversão da casa legislativa em assembleia constituinte pela Emenda Constitucional n. 26/85, solução que foi objeto de fortes críticas.<sup>134</sup>

Não obstante, como referem Souza Neto e Sarmiento, vivia-se um momento de efervescência política, em que a sociedade brasileira se mobilizava para romper o regime autoritário e construir um regime mais democrático.<sup>135</sup> Os trabalhos da constituinte foram acompanhados com grande interesse por parte da população, inclusive com comparecimento às dependências do Congresso Nacional.<sup>136</sup> Foram oferecidos projetos de iniciativa popular,<sup>137</sup> tendo havido um grau de participação da sociedade até então inédito na história do país<sup>138</sup>.

Foram dois anos de grandes conchavos e discussões políticos, especialmente sobre a questão da duração do mandato presidencial.<sup>139</sup>

<sup>133</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinvencción del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Econômica, 2017. E-Book.

<sup>134</sup> Ruben Ruschel, à época, denominou-a de “falsa constituinte”. RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em tempos de crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997, p. 103. VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book.

<sup>135</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 139.

<sup>136</sup> Estima-se que dez mil pessoas transitavam por dia pelo Congresso Nacional, representando diversos segmentos da população. Conforme SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 164. Mais de mil pessoas foram ouvidas pelas comissões temáticas. CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: Segredos da constituinte*. Rio de Janeiro: Record, 2017. E-Book.

<sup>137</sup> História Maklouf Carvalho que foram apresentadas cento e vinte e duas emendas de iniciativa popular, com mais de doze milhões de assinaturas. CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: Segredos da constituinte*. Rio de Janeiro: Record, 2017. E-Book.

<sup>138</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 170.

<sup>139</sup> Ver, a respeito, a obra de CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: Segredos da constituinte*. Rio de Janeiro: Record, 2017. E-Book, reunindo entrevistas dos participantes do processo, não só dos



Uma situação ocorrida durante o período de elaboração da Constituição de 1988 bem demonstra como na nossa história política a tensão se materializava em relação aos direitos sociais. Apontava-se que os avanços sociais nas áreas trabalhista e previdenciária causariam a ingovernabilidade e prejudicariam a competitividade dos produtos brasileiros no cenário internacional. O então presidente José Sarney alegava que as medidas sociais teriam uma sobrecarga imediata no orçamento da União, causando reflexos na economia do país<sup>140</sup>. Em resposta a uma manifestação de José Sarney revelando preocupação com os rumos dos trabalhos da constituinte no programa de radiodifusão transmitido em rede nacional, “Conversa ao pé do rádio”,<sup>141</sup> no dia seguinte o deputado Ulysses Guimarães, presidente da assembleia nacional constituinte, manifestou-se em cadeia nacional de rádio e televisão, defendendo as mudanças:

A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis.  
A injustiça social é a negação do governo e a condenação do governo.  
[...] Repito: esta será a Constituição cidadã. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros.<sup>142</sup>

Alguns meses depois houve a promulgação da Constituição de 1988, acompanhada com grande interesse por parte da população. O novo texto constitucional, a Constituição “cidadã”, caracterizou-se pela vinculação aos direitos fundamentais e à democracia, bem como pelo compromisso com a justiça econômica e social.

Com a CRFB adveio uma nova fase dos direitos sociais no Brasil. Na síntese de Wolkmer,

Os direitos sociais fundamentais em sua historicidade (até o período anterior à Constituição de 1988) não apareceram de forma espontânea e acabada mediante processos democráticos, lutas populares e avanços da sociedade civil, sendo, portanto, muito mais resultante de imposições e resistências, concessões e favores no jogo estratégico das velhas elites oligárquicas. Comprova-se, assim, a inexistência na evolução político-jurídica do país de uma tradição participativa de base

<sup>140</sup> membros da assembleia constituinte, mas também dos assessores, funcionários e lobistas. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 494.

<sup>141</sup> Conversa ao pé do rádio. [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/126389/1988\\_26%20a%2029%20de%20Fevereiro%20-%200039.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/126389/1988_26%20a%2029%20de%20Fevereiro%20-%200039.pdf?sequence=1)

<sup>142</sup> Apud BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 466.

popular-burguesa, pois o constitucionalismo brasileiro, quer seja o político, quer seja o social, foi quase sempre a expressão na trajetória republicana, da “conciliação-compromisso” entre o autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador.<sup>143</sup>

Na CRFB institucionalizaram-se políticas mais universais. Dentre outras inovações, criou-se o Sistema Único de Saúde, ampliaram-se os benefícios contributivos e não contributivos, unificaram-se os regimes de previdência rural e urbano, recuperou-se a expressão monetária dos benefícios previdenciários que estavam defasados.

Desse breve traçado histórico, constata-se que a história do Estado Social no Brasil, em comparação ao europeu, se desenvolveu de forma bastante lenta, cheia de rupturas e com cobertura e abrangências muito mais restritas.<sup>144</sup>

### 1.1.3 Iguais, mas diferentes: as muitas faces do Estado Social

Feito esse breve apanhado histórico, em prosseguimento, cabe sinalar que, se a origem mostra que o Estado social se construiu a partir de uma conjugação de fatores complexos e interdependentes, a dinâmica do desenvolvimento dessa nova forma de Estado também não se implementou do mesmo modo, nem nas mesmas épocas.

O Estado social assumiu diferentes nomenclaturas, características peculiares, em conjunturas diversas e segundo diferentes correlações de forças, por diferentes formas e graus de intervenção social e econômica, desde as políticas públicas assistencialistas e caritativas, até as experiências de socialismo, passando pela intervenção populista dos regimes fascistas das décadas de 20 a 40 do século passado.<sup>145</sup>

Esping-Andersen, em antigo texto,<sup>146</sup> complementado por revisão posterior<sup>147</sup>,

<sup>143</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 189-200, p. 199.

<sup>144</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>145</sup> SÀNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: BADIA, Miguel Caminal. *Manual de ciência política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 236-260, p. 236.

<sup>146</sup> ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University, 1993, p. 18-27, em cujo texto se baseiam os parágrafos que seguem.

<sup>147</sup> ESPING-ANDERSEN, Gosta. Comparative welfare regimes reexamined. In: \_\_\_\_\_. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 73-93.

busca construir uma teoria para definir o que é o *Welfare State* e quais seus regimes. O autor parte da noção de que a compreensão do fenômeno do Estado Social deve levar em consideração a forma como se operacionalizam as atividades estatais, qual o papel do mercado, e como interagem o Estado e as famílias nas relações sociais. Propõe então uma reespecificação do conceito de Estado Social, que constituiria em si mesmo não apenas um mecanismo de intervenção na sociedade tendente a redistribuir riqueza e equilibrar a desigualdade, mas também um sistema de estratificação, com papel ativo no ordenamento da sociedade. Partindo do critério do grau de desmercantilização das políticas sociais, o autor identifica três grandes tipos de Estado Social: o liberal, o conservador e o social democrata.

O primeiro tipo, no sentido cronológico, de Estado Social pode ser classificado como 'liberal', fundado na concepção de indivíduos livres e autosuficientes e na lógica de mercado. O Estado só deve atender os riscos graves que se fazem inaceitáveis na sociedade. As políticas sociais não são fundadas na universalidade e sim seletivas. A assistência social se limita aos pobres que comprovem essa condição, os planos de previdência social oferecem pouca cobertura e têm regras estritas; há o incentivo aos sistemas privados de proteção social. Os requisitos para os benefícios são muito rígidos e conduzem a uma certa estigmatização dos beneficiários. Os exemplos típicos seriam os Estados Unidos da América, o Canadá ou a Austrália.

O segundo seria o Estado Social 'conservador', de tipo 'corporativo', inspirado em uma filosofia social caritativa e na responsabilidade dos membros da família. Coexistem sistemas protetivos de determinadas classes e situações. Os esquemas públicos de proteção social são subsidiários - o Estado somente intervém quando há falha no sistema de proteção familiar. As políticas sociais são estritamente direcionadas e seletivas. Seriam exemplos os sistemas adotados na Austrália, na França, na Alemanha e na Itália.

Por fim, teríamos o modelo de Estado Social identificado com a socialdemocracia, o último tipo a surgir, que supera os modelos anteriores de prestações mínimas direcionadas, caracterizando-se por buscar um nível mais elevado de bem-estar e com tendências mais universalistas. Compreende o reconhecimento de direitos com tendência à generalização da proteção, ainda que nos períodos mais recentes os esquemas de bem-estar venham sendo reduzidos em virtude de restrições financeiras. Cronologicamente, seriam os sistemas da segunda metade do século XX, sendo exemplos desse modelo os países nórdicos.

Em que pese a proposta de classificação, o autor adverte que não há um modelo puro de Estado Social, constatando-se vários níveis de interferência e temperamentos entre as práticas adotadas<sup>148</sup>.

De fato, há múltiplos eventos históricos e experiências singulares que integram a ideia de Estado Social, desde as vertentes europeias - note-se que não há univocidade atualmente nem mesmo sobre a existência de um “modelo social europeu”<sup>149</sup> - até as experiências mais recentes, latino-americanas, africanas e asiáticas, não compreendidas nos estudos de Esping Andersen nem nos precursores estudos de Richard Titmuss.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> Sônia Draibe assim ilustra, de forma sintética, diferentes vertentes, dimensões, extensão e abrangência que o Estado Social pode assumir e se manifestar: “os estudos comparativos têm mostrado é que o ‘Welfare State’ pode ser mais universalista, institucionalizado e estatizado, em alguns casos, ao passo que, em outros se mostra mais privatista e residual; em uns mais generoso na cobertura e diversificação dos benefícios, em outros mais seletivo e assistencialista; em alguns países é mais intenso o mecanismo de dinâmica político-partidária e eleitoral, enquanto em outros é mais “politizado” e clientelisticamente utilizado. Em determinados casos e padrões, foi capaz de praticamente extirpar a pobreza absoluta, garantindo uma renda mínima (ou o imposto negativo) a todos quanto não lograram integrar-se via mercado e salário; em outros, tem deixado relativamente a descoberto e desprotegidos os bolsões ou, as camadas mais pobres da população”. DRAIBE, Sônia Miriam. O welfare state no Brasil: características e perspectivas. *Caderno de Pesquisa n° 8*, São Paulo, UNICAMP, Núcleo de Estudo de Políticas Públicas, 1993, p. 6.

<sup>149</sup> Frente à diversidade de configurações que o Estado Social assumiu no continente europeu, João Loureiro refere ser a expressão um guarda-chuva que compreende diferentes modelos de Estado social. LOUREIRO, João Carlos. Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s). *RUA-L. Revista da Universidade de Aveiro* n.º 1 (II. série), 2012, p. 181-232, p. 205. Jorge Miranda, igualmente, considera não ser possível identificar um modelo social europeu único, e sim vários modelos distintos (nórdico, britânico, francês, da Europa central, da Europa meridional). MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas do Estado social*. Belo Horizonte, 2011, p. 5. Catarina Botelho, por seu turno, entende que pode ser referido como modelo social europeu aquele conjunto de preceitos que atualmente está consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Conforme BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 239. Em uma concepção mais aberta, RAMALHO, Maria do Rosario Palma. O tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia. Algumas notas. In: QUADROS, Fausto de (coord.). *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-70.

<sup>150</sup> Richard Titmuss, em trabalho anterior a Esping Andersen, distinguia três categorias de bem-estar, social, fiscal e ocupacional e concebia três modelos, ou funções, de políticas sociais, assim estruturados: (a) Modelo residual (*residual welfare model*), que concebe que os canais naturais pelos quais as necessidades humanas devem ser supridas seriam a família e o mercado; “only when these break down should social welfare institutions come into play and then only temporarily”, apenas na falha desses naturais esquemas de proteção é que devem atuar as políticas sociais; (b) modelo meritocrático (*industrial achievement performance model*), quando se concebe que as necessidades de cada pessoa devem ser supridas de acordo com o mérito individual, desempenho no trabalho e produtividade, cabendo às políticas sociais apenas um papel complementar à economia; (c) modelo redistributivo (*redistributive model*), as políticas sociais seriam parte integrante da sociedade, sendo concebidas em um modelo mais universalista, estruturado na necessidade. TITMUSS, Richard M. Titmuss. What is Social Policy? In: \_\_\_\_\_; ABEL-SMITH, Brian; TITMUSS, Kay (Eds.). *Social Policy: An Introduction*. New York: Pantheon Books, 1974, p. 31.

É possível pensar em mais de um tipo de classificação;<sup>151</sup> e eventualmente seria caso de questionar, como o fez o próprio Esping-Andersen em escrito posterior ao texto primeiro, se aos três tipos originais não deveriam ser incorporados outros modelos, baseados em outras experiências.<sup>152</sup> Conclui-se pela impossibilidade de classificação teórica estanque, já que o Estado social “conhece metamorfoses” e “uma pluralidade de modelos de realização”,<sup>153</sup> constituindo a sua definição um dos aspectos mais intrigantes da literatura a respeito<sup>154</sup>.

Contudo, traçados os diversos modelos de Estado Social, constata-se que, malgrado as diferentes conformações, podem ser identificadas algumas características compartilhadas. Miguel Carbonell assim elenca os elementos que qualificam um Estado como Estado Social: (a) constitui-se como um amplo pacto social tendo como principais atores o Estado, os trabalhadores, as classes médias e os empresários; (b) busca atender as necessidades de grandes setores da sociedade, principalmente por meio de saúde, moradia e educação; (c) tem função estabilizadora da demanda interna mediante o impulso do consumo pelo governo; (d) é instrumento de manutenção da paz social, possibilitando reformas sem rupturas; (e) estimula um crescimento econômico contínuo, sustentável e equilibrado; (f) pressupõe um regime fiscal redistributivo; (g) exige um amplo setor público empenhado na execução e

<sup>151</sup> A título de exemplo, o economista francês André Masson propõe uma classificação baseada no grau de solidariedade e redistribuição de rendas intergeracional, estruturada a partir das concepções de três pensadores: segundo o paradigma do mercado agente livre (John Locke), segundo o paradigma da igualdade cidadã garantida pelo Estado (Rousseau) e segundo um paradigma multi-solidário que privilegia a família (Thomas Hobbes). MASSON, André. *Des liens et de transferts entre générations*. Paris: EHESS, 2009. Outra classificação é em modelos ‘bismarckiano’, como um sistema de seguro social, baseado nas leis alemãs de abrangência mais restrita e fundamentado na contrapartida contributiva; ‘beveridgiano’, baseado na solidariedade, no qual há um maior grau de redistribuição; e por fim o modelo “paineano”, baseado nas ideias de Thomas Paine, ou de prestação universal, construído a partir de um fundamento ético. A respeito, ver VAN PARIJS, Philippe. Au-delà de la solidarité, les fondements éthiques de l’Etat-Providence et de son dépassement. *Futuribles* 184(1994), p. 5–29.

<sup>152</sup> Em texto posterior, Esping-Andersen se pergunta se não seria caso de ampliar a tipologia adotada, o que significaria também acrescentar outras três experiências de Estado Social: australiana, do oeste asiático e, por fim, a experiência ‘mediterrânica’ que incluiria Espanha, Itália e Portugal, países nos quais o desenvolvimento ocorreu posteriormente e de forma mais segmentada, sob certas condições particulares. ESPING-ANDERSEN, Gosta. Comparative welfare regimes reexamined. In \_\_\_\_\_. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 73-93.

<sup>153</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 10.

<sup>154</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

regulação das políticas sociais.<sup>155</sup>

Sinteticamente, podemos concluir que o que caracteriza o Estado Social é a admissão, em maior ou menor medida, de alguma intervenção do Estado na atividade econômica e social, com a finalidade de minorar as desigualdades geradas pelo sistema econômico mediante políticas redistributivas de bens e riquezas; de outro lado, os destinatários da proteção social passam a ser sujeitos de direito, concebendo-se as prestações não como benesses caritativas, e sim verdadeiros direitos.

Nessa linha, Lefebvre e Pestieau referem que é um conceito cuja compreensão só ocorre pela observação das diferentes experiências; sinteticamente, seria um Estado que estende seu campo de intervenção e de regulação nos domínios econômicos e sociais, mediante um conjunto de medidas com o objetivo de redistribuição de riquezas, chamando a si a responsabilidade por diferentes riscos sociais, como a doença, a indigência, a velhice, o emprego, a família.<sup>156</sup> Sobre a contraposição de interesses que caracteriza esse modelo de Estado, vale referir a posição de Jorge Miranda, que entende que há interpenetração e mútua sublimação, evidenciando-se uma relação de complementaridade entre o social e o individual.<sup>157</sup>

Para Miguel Carbonell, os conceitos de Estado social e de direitos sociais estão reciprocamente imbricados. O Estado social se qualifica pela função da realização dos pressupostos necessários para a efetividade dos direitos sociais e as normas que os contêm; sem olvidar que a concepção de direitos sociais, em suas várias vertentes - solidárias, caritativas, beneficência pública e privada -, preexistiu a essa conformação político-jurídica, o nascimento, desenvolvimento e expansão do Estado Social constituiu condição essencial para o seu reconhecimento como direitos.<sup>158</sup>

<sup>155</sup> CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios Constitucionales*, ano 6, n. 2, 2008, p. 43-71, p. 51.

<sup>156</sup> LEFEBVRE, Matthiew; PESTIEAU, Pierre. *L'État-providence*. Défense et illustration. Paris: PUF, 2017. E-book.

<sup>157</sup> Nas palavras do autor: "A doutrina do Estado social de Direito recomenda não apenas a harmonia, decisiva e que se consegue, dos direitos de índole individualista com os de índole socializante como ainda a sua interpenetração e mútua sublimação. E, vez de se repelirem, completam-se, e, embora sejam diferenciados os objetos e as razões, servem valores comuns, que mal se compadecem de uns desacompanhados dos outros. [...] O ponto considerável está em desenvolver simultaneamente a liberdade, a igualdade jurídica e a igualdade socioeconômica". MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 75.

<sup>158</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDÓÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231.

Carlos Miguel Herrera tem uma compreensão diferente dessa interação. Para o autor, ainda que haja uma conexão estabelecida entre os dois conceitos, os direitos sociais são derivados da tradição revolucionária do Século XVIII e o Estado Social consiste, mais restritamente, em uma modalidade específica de intervenção econômica e social, sem necessário fundamento jurídico-constitucional, dos fins do século XX.<sup>159</sup>

De fato, do breve esboço histórico traçado acerca da evolução do Estado Social, bem como das suas diferentes formas, constata-se que as reivindicações de direitos sociais antecedem o Estado social, acompanhando a história da humanidade desde os seus primórdios.

Por outro lado, destaca-se também a interdependência entre os direitos fundamentais, dado que a realização dos direitos sociais é imprescindível à existência substantiva de direitos civis e políticos, cuja satisfação exige o atendimento das necessidades humanas básicas. Em última instância, direitos sociais violados implicam violação também dos direitos de cidadania e participação política.

Além disso, a evolução das concepções de direito e dos sistemas jurídico-constitucionais demonstra a relativa contemporaneidade do reconhecimento e garantia de todos os direitos, sejam os direitos civis, sejam as liberdades, sejam os direitos sociais, e mesmo, os 'novos' direitos.

Desse evoluir complexo e não linear, construído ao longo de um processo histórico marcado por revoluções, lutas sociais, cheio de avanços e retrocessos, conclui-se que todos os direitos fundamentais constituem um conjunto indivisível composto de direitos interdependentes entre si, extraídos de um acordo básico fundamental estabelecido entre as diferentes forças sociais.

Não há uma compreensão unívoca sobre a definição de direitos sociais, nem sobre seus elementos, fundamento e nem mesmo qual a sua categoria normativa. É um conceito complexo, polissêmico e que comporta múltiplas abordagens. No tópico que segue, busca-se elaborar uma caracterização dos direitos sociais, em seus principais aspectos.

#### **1.1.4 A fundamentalidade dos direitos sociais e seus desdobramentos**

---

<sup>159</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

Os direitos sociais podem ser compreendidos em termos de valores ou princípios, como associados à dignidade, ou à liberdade, ou à igualdade; podem ser examinados em uma perspectiva sociológico-política, por exemplo, quando são concebidos como condições de cidadania social e pressupostos da democracia deliberativa; podem ser tidos em uma perspectiva teórico-dogmática, como direitos corporificados e dotados de eficácia normativa.

Mesmo considerados apenas na sua dimensão normativa, os direitos sociais tem um caráter extremamente complexo, pela multiplicidade de situações, comandos normativos e procedimentos de concretização. Ou seja, caracteriza-se uma complexidade que se relaciona às diferentes natureza e estrutura dos direitos sociais, os quais nem sempre têm conteúdo prestacional, podendo ocorrer uma variedade de situações jurídicas. “Estamos pois ante um direito com conteúdo normativo denso onde não só há situações jurídicas subjetivas a proteger, mas também deveres de tutela, obrigações de fomento que podem também encerrar conteúdos de procedimento e organização”.<sup>160</sup>

Como bem refere Catarina Santos Botelho, nem o conceito de direitos sociais nem a própria inclusão dos direitos fundamentais sociais como categoria constitucional são questões unívocas, ensejando acirradas discussões inclusive no âmbito da Filosofia do Direito e da Ética<sup>161</sup>.

A fim de tentar elaborar uma categorização dos direitos sociais no sistema jurídico constitucional, buscando definir qual seu papel no ordenamento jurídico, bem como se constituem direitos fundamentais, faz-se imprescindível previamente tecer algumas breves considerações acerca da evolução dos direitos fundamentais.

Concebe-se que, dentre os direitos fundamentais, os direitos civis e políticos são os direitos fundamentais fundados no valor ‘liberdade’, constituindo uma forma de proteção da sociedade, de defesa dos cidadãos em face do poder do Estado. Impõem limitações ao poder do Estado, a quem não compete intervir na esfera da vida privada.

São titularizados pelos indivíduos e considerados faculdades ou atributos da pessoa humana. A sua proteção se traduz preponderantemente em comportamentos

---

<sup>160</sup> No original: “Estamos pues ante un derecho con contenido regulativo denso dónde no sólo hay situaciones jurídicas subjetivas que proteger, sino también deberes de tutela, obligaciones de fomento y puede que también contenidos de procedimiento y organización.” CASCAJO CASTRO, José Luis. *Derechos sociales. CDP. Cuadernos de Derecho Público* Nº 37, mayo-agosto 2009, p. 11-35, p. 21.

<sup>161</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 133.



negativos, em atitude de abstenção e de vigilância em termos de polícia administrativa.<sup>162</sup>

Compreendem também os direitos políticos, os quais, superando o sentido de liberdade em sentido negativo, como simples não impedimento, concebem uma afirmação da liberdade positivamente, como autonomia.<sup>163</sup>

Os direitos sociais, por seu turno, têm como valor fundamental a igualdade material. Ou, melhor dito, conforme Jorge Miranda, nas duas concepções, tanto liberal como na social, deparam-se a liberdade e a igualdade, “porém na primeira a igualdade é a da titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que na segunda a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para a ação”<sup>164</sup>.

Celso Lafer considera que os direitos sociais constituem direitos de crédito em relação à coletividade, podendo ser considerados como “direitos que tornaram reais direitos formais”<sup>165</sup>. Ainda que comumente os direitos sociais sejam identificados pela sua dimensão positiva, caracterizando-se por outorgarem aos titulares direito a prestações estatais, não compreendem só estes, pois, como ressalta Ingo Sarlet, abrangem também as ‘liberdades sociais’, os direitos de greve, liberdade sindical e os direitos dos trabalhadores.<sup>166</sup>

Sobre as relações entre os diferentes direitos fundamentais, há quem entenda que, com a incorporação dos direitos sociais, a categoria dos direitos fundamentais “em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros”.<sup>167</sup> Celso Lafer concebe essa tensão aparente em uma perspectiva de complementaridade entre direitos civis e políticos e os direitos sociais, “pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros,

<sup>162</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 10, septiembre-diciembre 1991, p. 203-217, p. 205.

<sup>163</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

<sup>164</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 71.

<sup>165</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia de Letras, 1988, p. 127.

<sup>166</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47-48.

<sup>167</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 43.

eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”.<sup>168</sup>

A estas duas dimensões básicas de direitos fundamentais se agrega uma terceira, que seriam os direitos ligados ao valor da fraternidade, ou solidariedade. Trata-se de direitos difusos, não mais titulados por pessoas individuais, mas sim por coletividades. Perez Luño compreende que seriam os direitos relativos à paz, qualidade de vida, relações de consumo, liberdade informática<sup>169</sup>.

De tudo, deve ser destacada a importância da incorporação dos valores sociais aos direitos fundamentais. Vieira de Andrade refere que esse fenômeno alterou profundamente o sistema de direitos humanos, incorporando novas concepções e um diferente equilíbrio de relações.<sup>170</sup>

Para o autor, houve uma reconfiguração da concepção de direitos humanos, que passou a incluir uma nova categoria de direitos e também uma nova ordem de imperativos de comportamento estatal, tendente à construção de uma ordem social mais justa e solidária.

Destaca ainda que houve o alargamento das liberdades, em uma dupla dimensão, tanto comportando novas liberdades adaptadas às novas realidades sociais – as já referidas ‘liberdades sociais’ – como também sendo conferida mais concretização aos conteúdos das liberdades já consagradas.

Aponta Vieira de Andrade como efeito positivo da incorporação do princípio da solidariedade, também a objetivação dos direitos sociais, abandonando a concepção individualista da pessoa em prol de uma noção de ser humano considerado como inserido em uma sociedade.

Dessa consideração do homem como ser social decorrem, aponta Vieira de Andrade, diversas consequências. A um, não só foram incorporados novos direitos como fundamentais, mas também houve a atribuição de uma função social aos direitos fundamentais em geral; a dois, para a proteção dos novos direitos a prestações não é suficiente a mera abstenção, o atendimento depende do conteúdo concreto dos recursos existentes, sendo determinado/influenciado por opções políticas; a três, não

<sup>168</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia de Letras, 1988, p. 127.

<sup>169</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 10, septiembre-diciembre 1991, p. 203-217, p. 206 e ss.

<sup>170</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 59 e ss.

basta a mera proclamação formal dos direitos, sendo necessário que sejam criadas condições objetivas, das quais é destinatário o Estado, encarregado tanto de garantir o ingresso fiscal suficiente quanto de tarefas de consecução das finalidades sociais; por último, qualifica a tendência de estender a obrigatoriedade dos direitos fundamentais às relações privadas, por exemplo, nas relações de trabalho ou obrigações fiscais.

Abramovich e Courtis também ressaltaram os diferentes desdobramentos da adoção do modelo de direito social, referindo: (a) a introdução de dimensões coletivas no direito, tanto por novas titularidades e categorias coletivas ou grupais; (b) levam-se em conta as desigualdades reais e não apenas as desigualdades formais,<sup>171</sup> gerando novos parâmetros de interpretação e novas regras processuais; (c) são estabelecidos limites à autonomia da vontade, mediante o respeito a interesses públicos indisponíveis e proteção da dignidade das pessoas; (d) são inseridas limitações aos contratos, que devem observar os parâmetros de regulação estatal ditados em função dos princípios sociais; (e) modificam-se os critérios de designação de responsabilidades civis, com maior grau de socialização dos riscos e distribuição de custos; (f) ampliam-se as funções estatais; (g) surgem ações judiciais coletivas, ampliando o acesso à justiça.

Devem ser consideradas nesse contexto, ainda, as recíprocas relações entre os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais, que são mutuamente imbricados e complementares. Não se pode conceber a liberdade, o desenvolvimento da autonomia, ou o pleno exercício da democracia sem um mínimo de atendimento das necessidades básicas. Por outro lado, não se concebe bem-estar sem que sejam assegurados os direitos e liberdades fundamentais.

Para Habermas, da fundamentação heurística da dignidade humana se revela o vínculo lógico entre as categorias de direitos conhecidas, sendo que “os direitos fundamentais somente podem resgatar politicamente a promessa moral de respeitar a dignidade humana de cada um se eles interagirem igualmente em todas as suas categorias”.<sup>172</sup>

Os direitos de participação democrática e os direitos de liberdade somente

<sup>171</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 67-69.

<sup>172</sup> HABERMAS, Jürgen. *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*. In \_\_\_\_\_. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012, p. 15.

podem ser usufruídos de fato em igualdade de oportunidades quando é concomitantemente assegurado que “os cidadãos sejam suficientemente independentes em sua existência privada e econômica, capazes tanto de formar quanto de estabilizar sua identidade pessoal nos respectivos ambientes culturais que desejarem”. Ou seja, “a dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta a *indivisibilidade* dos direitos fundamentais”.<sup>173</sup>

Nessa linha, Gerardo Pisarello identifica a existência de um fundamento axiológico comum para os direitos fundamentais, sendo todos ligados a uma base de valores e princípios como a solidariedade, a dignidade, a liberdade, a segurança e pluralismo: “Não há nada, em realidade, que justifique uma hierarquia axiológica da qual se possa deduzir uma proteção diferenciada”.<sup>174</sup>

Conclui-se, assim, que não se pode negar aos direitos sociais a condição de direitos fundamentais, enquadrando-se as diferentes categorias de direitos em um sistema único, um todo fundamentado na dignidade humana e iluminado pelo ideal de justiça social. Todos merecem proteção e a todos deve ser assegurado igual respeito.

As objeções mais frequentes ao reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais se assentam na pressuposição de que tais direitos se diferenciariam dos direitos civis e políticos. Estes determinariam ao Estado apenas deveres de abstenção, ao passo que a estrutura dos direitos sociais envolveria obrigar o Estado a prestações positivas.

Entretanto, as objeções não se sustentam. A respeito da questão, releva referir a doutrina de Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais podem constituir-se em direitos de defesa que se traduzem em ações negativas, restrições ao Estado, ou em direitos a ações positivas do Estado - que denomina de direitos prestacionais em sentido amplo -, como sendo todo direito a uma ação do Estado. Os direitos a prestações positivas compreenderiam tanto as ações estatais de proteção do cidadão em face de terceiros, quanto a criação de normas de organização e procedimento até chegar a prestações em sentido estrito, ou seja, em dinheiro ou bens. Assim compreendidos de forma ampla, os direitos a prestações não envolveriam

<sup>173</sup> HABERMAS, Jürgen. *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos*. In \_\_\_\_\_. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012, p. 16.

<sup>174</sup> No original: “Y nada hai, en realidade, que justifique una jerarquía axiológica de la que pueda deducir-se una protección diferenciada”. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 57.

apenas prestações fáticas, mas também prestações normativas.<sup>175</sup>

Compreende-se, assim, que a exigência de ações positivas do Estado não é elemento exclusivo dos direitos sociais, mas também se estende aos direitos civis e políticos, os quais, como bem ressaltam Abramovich e Courtis, em sua estrutura, também encerram um “complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, com o efeito de garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja afetada por outros particulares”.<sup>176</sup>

Ainda que a dimensão mais aparente dos direitos econômicos, sociais e culturais seja a de impor obrigações ao Estado, ou seja, de direitos a prestações, também se identificam obrigações de abstenções. Assim, da mesma forma que os direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais “também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, ainda que, neste caso, para identificá-los, as obrigações positivas tenham uma importância simbólica maior”<sup>177</sup>.

Referem ainda que o direito a prestações, além de ser apenas uma das formas possíveis de manifestação de direitos sociais, também em muitos casos não é a faceta mais importante, mencionando como exemplo o direito de não discriminação<sup>178</sup>.

Considerando que tanto os direitos sociais quanto os direitos civis e políticos estabelecem um complexo de obrigações positivas e negativas, na sua natureza não há nenhum elemento que indique que deva ser-lhes conferido tratamento diferenciado.

Salientam Abramovich e Courtis, ainda, que, mesmo em relação aos direitos civis e políticos, na sociedade complexa em que vivemos, perderam seu caráter absoluto e adquiriram dimensões sociais, sendo o caso, dentre outros, do direito contratual “temperado” pelo direito do consumidor; das restrições à liberdade de comércio estabelecidas em função do interesse de toda a sociedade na proteção ambiental.<sup>179</sup>

<sup>175</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 383, 391.

<sup>176</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p 33.

<sup>177</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p 34.

<sup>178</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 71.

<sup>179</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis

Concluem no sentido de que a formulação de uma conceituação mais rigorosa, “baseada no caráter das obrigações que cada direito gera, nos levaria a admitir um *continuum* de direitos, no qual o lugar de cada direito está determinado pelo peso simbólico das obrigações positivas ou negativas que o caracterize”.<sup>180</sup> Propõem, assim, que seja abandonada a concepção clássica em proveito de uma nova estruturação dos direitos nos quais os elementos distintivos sejam destacados em função dos diferentes níveis de obrigação estatal.

Concordamos com a posição de Curtis e Abramovich no sentido de que não há motivos para considerar haver um “*natural law pedigree*”<sup>181</sup>, não ocorrendo prevalência dos direitos civis e políticos de modo a acarretar o esvaziamento ou a desvalorização da proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Igualmente, é frequentemente apontado como elemento de distinção o fato de que os direitos sociais são direitos mais custosos, de realização onerosa para o Estado. Contudo, “os direitos não nascem em árvores”<sup>182</sup>: como já salientavam Cass Sunstein e Stephen Holmes, em obra que se tornou clássica, os direitos civis e políticos também são custosos, de modo que nesse sentido todos os direitos são direitos positivos; não reside no aspecto dos custos causa suficiente para o estabelecimento de uma dicotomia fundamental entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>183</sup>

Os direitos sociais, em suma, constituem verdadeiros direitos fundamentais, que devem ser reconhecidos e também adequadamente protegidos. Nas sempre atuais palavras de Norberto Bobbio,

Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?<sup>184</sup>

---

Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p 35.

<sup>180</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p 36.

<sup>181</sup> Expressão que se toma de empréstimo de MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In: FLÓVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.; ARNARDÓTTIR, O. M. (eds), *Ragnarsbók*. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, 2009, pp. 453-484. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>

<sup>182</sup> A respeito, ver também GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>183</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 35 e ss.

<sup>184</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio

Antes de prosseguir no tema do regime dos direitos fundamentais sociais, cabe traçar algumas linhas sobre um conceito dos direitos sociais. Trata-se de expressão que não possui um sentido unívoco, comportando diversas interpretações e acepções; malgrado a ambiguidade extrema e a imprecisão da expressão<sup>185</sup>, pode-se identificar como elemento comum a ligação com o princípio da igualdade.<sup>186</sup>

A respeito do conceito de direito social, tornou-se clássica a obra de Georges Gurvitch, na qual o autor elabora uma formulação ampla de direito social, como um direito produzido pela própria sociedade e sem vinculação estrita a uma ordem normativa estatal.<sup>187</sup>

No Brasil um conceito de direitos sociais é formulado por José Afonso da Silva nos seguintes termos:

(...) assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.<sup>188</sup>

Alexandre de Moraes, por seu turno, assim conceitua os direitos sociais:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado

---

de Janeiro: Campus, 1992, p. 78.

<sup>185</sup> WEBER, Albrecht. Les droits sociaux constitutionnels em République Fédérale d'Allemagne. In: GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLUCHE, Dominique. (Org.). *Les droits sociaux fondamentaux*. Entre droits nationaux et droit européen. Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 22.

<sup>186</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

<sup>187</sup> Ver, a respeito, a obra de Bolzan de Moraes, que corresponde a sua tese de mestrado, na qual o autor examina a definição elaborada por Gurvitch, desdobrando os diversos matizes que a elaboração comporta. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *A ideia de direito social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 286-287.

democrático, pelo artigo 1º, IV da Constituição Federal.<sup>189</sup>

Verifica-se que ambos os conceitos tem elementos objetivos e subjetivos em comum: adotam a já referida vinculação dos direitos sociais ao princípio da igualdade; reconhecem a natureza dos direitos sociais como direitos fundamentais; destacam a obrigação do Estado na sua implementação; sinalizam a natureza dos direitos sociais como liberdades/prestações positivas; por fim, delineiam a finalidade de proporcionamento de melhores condições de vida aos mais desfavorecidos.

Por seu turno, em Portugal, Jorge Reis Novais em cuidadosa elaboração se propõe a responder à questão “De que falamos quando falamos de direitos sociais?”.<sup>190</sup> Destacando as dificuldades na elaboração de um conceito de direitos sociais, e sublinhando a imprecisão das formulações mais usadas, as quais no mais das vezes são elaboradas a partir da enumeração constante dos Pactos Internacionais de proteção aos direitos humanos, Novais propõe-se a elaborar uma formulação dos direitos sociais numa perspectiva jurídico-constitucional, “assentando exclusivamente nas consequências controvertidas da consagração e vinculatividade constitucional dos direitos sociais”.<sup>191</sup>

Configura seu conceito nos seguintes termos:

[...] do facto de no cumprimento destes deveres estatais se visar garantir jurídico-constitucionalmente o acesso individual a bens jusfundamentais sociais, resulta que da titularidade dos correspondentes direitos decorram, para os particulares, situações ou posições de vantagem traduzidas normativamente, na sua dimensão subjetiva principal, em correspondentes pretensões, face ao Estado, à realização, garantia ou manutenção dessas posições de vantagem relativas ao acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais.<sup>192</sup>

E, a seguir, em desdobramento do conceito, Novais busca identificar os elementos que compõem um direito para que possa ser considerado um direito social.

O primeiro elemento se refere à pressuposição de distinção entre as categorias de norma e enunciado normativo, entre a dimensão objetiva e a dimensão

<sup>189</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 177.

<sup>190</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 36-64.

<sup>191</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 39.

<sup>192</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43.



subjetiva das normas de direitos fundamentais<sup>193</sup>. Destaca o autor que dos direitos sociais, assim como dos direitos, liberdades e garantias, decorre um conjunto de normas, de comandos de efetivação. A uns e outros, ao Estado compete a obrigação de lhes dar prioridade, de forma mais ou menos vinculada, de acordo com a orientação material e os fins e formas de realização constitucionalmente vinculados. Ainda, há um sentido evolutivo comum compartilhado por todos os direitos fundamentais, no sentido de que se concebem realizáveis em um espectro muito amplo de deveres de proteção, correspondentes à “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”<sup>194</sup>.

No que toca à questão das dimensões objetiva e subjetiva das normas de direitos fundamentais, para Novais, o fato de os direitos sociais se dirigirem apenas às pessoas que necessitam da proteção social não lhes retira o caráter de universalidade do qual são dotados e que é comum aos direitos fundamentais. Todos os direitos, inclusive os sociais, somente incidem quando configurada a situação descrita na respectiva prescrição normativa. Os deveres de proteção são graduados de acordo com a diversidade das situações, pela condição, capacidade ou recursos individuais próprios, assim como pelos recursos e disponibilidade estatais, de modo que também neste aspecto a igualdade e a universalidade repercutem identicamente “tanto nos direitos de liberdade quanto nos direitos sociais”<sup>195</sup>.

O segundo elemento indicado pelo autor é que, para operar-se a qualificação de um direito como social, se deve considerar a sua dimensão principal, “o sentido primário da garantia”<sup>196</sup> encerrada na previsão normativa. O autor distingue um direito ou pretensão que constitui o essencial, e outras previsões – faculdades, deveres ou pretensões - que podem ser consideradas como acessórias, decorrentes daquela garantia principal. Bem por isso, a catalogação de um direito como social, ou não, em um determinado texto constitucional não é decisiva dogmaticamente.

O terceiro elemento constitutivo do conceito é que os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais, são direitos perante o Estado, no sentido de que

<sup>193</sup> É importante ressaltar, que, neste tópico, o autor elabora seu conceito a partir de uma perspectiva das previsões da Constituição portuguesa, que estabelece diferenças de regime entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais.

<sup>194</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 46.

<sup>195</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 50.

<sup>196</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 50-51 e ss.

são direitos dirigidos primariamente face ao Estado<sup>197</sup>. Ainda que, em última instância, o custo das prestações sociais seja distribuído por toda a sociedade, a realização das prestações em geral se faz por meio da atuação do Estado como mediador.

Outro elemento essencial da definição é que ela é construída não apenas considerando a garantia jurídica geral de acesso aos bens sociais, mas também “os deveres estatais de prestação fática, material, tendentes a assegurar o acesso individual a bens econômicos, sociais e culturais que envolvem custos financeiros por parte de quem não dispõe dos necessários recursos”<sup>198</sup>. Portanto, tendo em vista a escassez de recursos, a concretização dos direitos sociais demanda decisões políticas sobre prioridades e sobre o destino dos recursos, bem como certo grau de flexibilidade na realização dos direitos.

Como quinto elemento componente da definição de direitos sociais, o fato de não terem por objeto apenas prestações fáticas, mas também “*prestações normativas*”<sup>199</sup>, que se traduzem em imposições de elaboração legislativa. Essa prestação normativa não é dotada de autonomia, tem um caráter instrumental em relação ao objeto do direito. Assinala o autor que o variado tipo de conteúdo normativo que constitui a prestação determina, explica e justifica direitos sociais com diferentes graus de vinculatividade e judiciabilidade.

Como último elemento do conceito, entende o autor que os direitos sociais compreendem tanto uma dimensão positiva (direito ou pretensão a que o Estado crie ou forneça uma prestação) quanto uma dimensão negativa (impondo ao Estado que não afete ou suprima a prestação já alcançada ao destinatário)<sup>200</sup>, fenômeno que também ocorre quanto aos direitos de liberdade. Assim, não é o fato de constituir uma prestação positiva ou negativa que caracteriza e distingue os direitos econômicos, sociais e culturais. A particularidade dos direitos sociais, assim, há de ser definida não pela distinção entre direitos positivos e direitos negativos, mas sim pela natureza dos bens que são assegurados, conclusão que guarda certa aproximação à teoria de Abramovich e Curtis, antes referida.

---

<sup>197</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 54 e ss.

<sup>198</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 58-59 e ss.

<sup>199</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 61 e ss.

<sup>200</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 63-64.

Fixados a natureza e um conceito de direitos sociais, assentado que são direitos fundamentais, cabe ainda indagar da sua categoria constitucional. Os direitos sociais devem ser inseridos nos textos constitucionais? São direitos sociais somente os acolhidos nos textos das constituições nacionais ou declarações internacionais?

Especificamente em relação aos direitos sociais, é conhecida a posição de John Rawls no sentido de que os direitos sociais não se constituem em elementos constitucionais essenciais (*constitutionals essentials*)<sup>201</sup>. Böckenförde, por seu turno, entende que os direitos sociais não têm sentido de direitos fundamentais em sentido estrito, não sendo aptos a ensejar a aplicabilidade imediata e exigibilidade direta; em uma Constituição democrática do Estado de Direito, em função do princípio da separação de poderes, não pode ser conferida aos direitos sociais proteção idêntica aos direitos de liberdade, de modo que não deveriam sequer ser inseridos nos textos constitucionais junto aos direitos fundamentais<sup>202</sup>.

Para Reinhold Zippelius, a delimitação das prestações sociais que podem ser efetivadas aos indivíduos depende do desenvolvimento social e econômico, das necessidades e dos meios disponíveis aos Estados, devendo ser deixado espaço para a eleição de prioridades a cargo do legislador e da Administração, de modo que “uma política social dependente da situação não pode ser traduzida em um esquema rígido de direitos exigíveis e estipulados constitucionalmente”.<sup>203</sup>

Por outro lado, ainda que os direitos sociais estejam nos textos

<sup>201</sup> Em apertada síntese, que sabemos pecar pela superficialidade e incompletude, a teoria de Rawls se fundamenta na sua concepção de que o primeiro princípio de justiça, relativo às liberdades, tem prioridade e deve integrar a Constituição; as questões relativas ao segundo princípio, a justiça distributiva, devem ser atribuídas ao legislativo, a quem compete, observadas as liberdades iguais, e com maior conhecimento da situação de fato, fixar as políticas sociais. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005, p. 227. Contudo, como bem salienta Thadeu Weber, tal concepção tem como pressuposto um mínimo social (*social minimum*) “que supra as necessidades básicas de todos os cidadãos”. Conforme WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, v. 127, p. 197-210, Jun./2013. Ver, a respeito, a tese de doutorado de Karine da Silva Cordeiro, na qual a autora, a partir da teoria de justiça de Rawls, sustenta que o mínimo existencial é estreitamente relacionado com o exercício da democracia e a plena realização da cidadania, sendo que seu conteúdo normativo do mínimo existencial deve abranger um índice equitativo de bens primários sociais e/ou as condições fáticas que possibilitem às pessoas o acesso a esses bens. CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial: uma pauta emancipatória para o desenvolvimento da cidadania*. (2016). Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre. 2017

<sup>202</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Luis Requejo Pages e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75-78, 82.

<sup>203</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 128.

constitucionais, ainda remanesce a questão de em que termos deve se dar essa incorporação. Böckenförde, a partir de sua concepção restrita dos direitos sociais, entende que, se inseridos nos textos constitucionais, tal deve ocorrer pela via do mandato constitucional, impondo deveres ao administrador e ao legislador, e ainda assim devem ser claramente diferenciados dos direitos fundamentais.<sup>204</sup>

Identificam-se muitas teses a favor e contrárias à consideração dos direitos sociais como direitos constitucionais fundamentais e da sua inclusão nos textos constitucionais e em tratados internacionais; razões as mais distintas, relativas a questões de natureza político-filosófica (considerados como “red rights”<sup>205</sup>, ligados a uma ideologia política “de esquerda”<sup>206</sup>), econômica ou de conveniência prática são elencadas em prol, ou contra, a constitucionalização.<sup>207</sup>

A contribuir para a polêmica acerca da questão, o fato de que em muitos países que promoveram uma constitucionalização dos direitos sociais em amplos termos, inclusive dotando-lhes de justiciabilidade, a realidade não acompanhou o crescimento do constitucionalismo social, havendo um enorme déficit de efetividade dos direitos sociais,<sup>208</sup> de modo que a positivação constitucional representa uma “fachada brilhante na qual se esconde um edifício em ruínas”<sup>209</sup>. Em corolário, alguns dos Estados com os mais amplos esquemas de proteção social não incorporaram às suas constituições a cláusula do Estado social, constituindo matérias atribuídas ao legislador,<sup>210</sup> havendo mesmo refratariedade ao controle das leis pelo Poder Judiciário.<sup>211</sup>

O dilema na constitucionalização dos direitos fundamentais é bem exposto por

<sup>204</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Luis Requejo Pages e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 82.

<sup>205</sup> VAN BUEREN, Geraldine. Socio-economic rights and a Bill of Rights - an overlooked British tradition. *Public Law* (October) 821-837, p. 821.

<sup>206</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>207</sup> Ver, a respeito, BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 158-165 e KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 3-8.

<sup>208</sup> PISARELLO, Gerardo. El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática. *Revista Derecho del Estado*, núm. 28, enero-junio, 2012, p. 55-75, p. 57.

<sup>209</sup> PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Revista Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº15. Octubre 2001, p. 81-107, p. 81.

<sup>210</sup> CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Ano 23, n. 69, set-dez 2003, p. 139-180, p. 180.

<sup>211</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 2.

Norberto Bobbio: ao constitucionalizar-se um direito, de um lado perde-se em universalidade, de outro, se ganha em concretude<sup>212</sup>. Ainda que não se refira especificamente aos direitos sociais, vale em relação a estes a mesma lógica de argumentação usada pelo filósofo italiano.

A relutância na admissão dos direitos sociais como direitos fundamentais exigíveis, na hipótese, relaciona-se com uma concepção de democracia alinhada com noções mais estritas de Estado, direito e Constituição.

Contudo, ao ser admissível, como se defende, ser um problema e uma responsabilidade da sociedade a necessidade de assegurar condições mínimas de vida digna aos seus membros, conjugando-se os ideais de liberdade e de igualdade material, reconcebe-se o papel do Estado sob uma perspectiva de ação ética. E, nessa concepção, a Constituição assume uma nova função, incorporando um sistema de valores éticos, orientando a intervenção na promoção do bem-estar como fim do Estado.<sup>213</sup> Nesse contexto, não constitucionalizar os direitos sociais implica deixar à margem da lei fundamental um dos aspectos mais importantes que está direcionada a regular.<sup>214</sup>

Referindo-se à transposição dos direitos fundamentais em geral para os textos constitucionais, elenca Vieira de Andrade vários efeitos positivos que decorrem dessa afirmação constitucional. Aponta que o sentido dos direitos fundamentais se altera quando são corporificados numa constituição concreta, tendo condicionado seu alcance normativo em decorrência da integração no sistema de direitos. Refere também que a constitucionalização confere grau mais alto de concreção e especificação ao conteúdo dos direitos, inclusive no que toca à densificação da interpretação e aos desdobramentos em novos aspectos em função da necessidade de aplicação prática dos conteúdos constitucionais de proteção. Outro efeito da

<sup>212</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

<sup>213</sup> Nessa linha, García Herrera entende que a constitucionalização dos direitos sociais ocorreu em circunstâncias históricas determinadas, representando um salto qualitativo que inaugurou uma nova fase do constitucionalismo. GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española. *Revista de Derecho Político*. n. 58-59, p. 277-304, ene. 2003. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8898/8491>. Acesso em: 17. jan. 2018.

<sup>214</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

constitucionalização é a outorga de uma juridicidade específica, própria dos textos constitucionais.<sup>215</sup>

Há que se salientar que ao menos as prestações essenciais à participação na sociedade, ao desenvolvimento das capacidades, à garantia da dignidade, que ademais disso são condições para o exercício da democracia, têm uma fundamentalidade material intrínseca e devem ser consideradas como *constitucional essentials*.

Por outro lado, é inequívoco que a constitucionalização, na medida em que contribui para uma maior consolidação dogmática, possibilita o esclarecimento dos conteúdos e confere maior densidade normativa aos direitos sociais, dotando-os de garantia e fazendo-os mais justiciáveis<sup>216</sup>.

O debate sobre direitos sociais é um dos mais proeminentes aspectos do discurso contemporâneo sobre direitos humanos.<sup>217</sup> É uma das grandes questões relativas aos direitos sociais é a falta de uma sólida teoria dos direitos sociais<sup>218</sup>, de forma a que não sejam concebidos como direitos retóricos, mas sim como direitos possíveis<sup>219</sup>. Entende-se que a constitucionalização como direitos fundamentais representa uma poderosa ferramenta para a construção de uma teoria dos direitos sociais.

Em contrapartida, também não pode ser ignorada a importância da jurisdição constitucional como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais em geral, porque a história nos demonstrou que a regra da maioria muitas vezes ensejou regimes ditatoriais e práticas abusivas; na síntese de Alexy, os direitos fundamentais prestacionais não devem restar livremente à disposição do legislador.<sup>220</sup>

<sup>215</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 37-38.

<sup>216</sup> CASCAJO CASTRO, José Luis. Derechos sociales. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 37, mayo-agosto 2009, p. 11-35, p. 12.

<sup>217</sup> MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In: FLÓVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.; ARNARDÓTTIR, O. M. (eds), *Ragnarsbók*. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, 2009, pp. 453-484, p. 454. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>.

<sup>218</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDÓÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231, p. 211. Também em \_\_\_\_\_. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios Constitucionales*, ano 6, n. 2, 2008, p. 43-71, p.

<sup>219</sup> ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 112, abr-jun 2001, p. 253-270, p. 270.

<sup>220</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Saliente-se que mesmo Mark Tushnet, que considera que devem predominar as instâncias políticas de decisão, sendo um

Assim, adota-se a posição de que os direitos sociais são dotados de fundamentalidade material, sendo que uma constitucionalização dos direitos sociais é uma estratégia favorável para estabelecer uma base de proteção social; salienta-se que tal base se faz necessária em países como o Brasil, no qual em decorrência da pobreza, da desigualdade e da exclusão social, parte da população não dispõe de condições dignas de vida o que impede o exercício da democracia.

Concebe-se também que todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais sociais, devem receber igual proteção constitucional. O fato de que a concretude dos direitos sociais possa em alguns casos depender de mediação legislativa para explicitação de seus conteúdos não lhes retira a natureza de direitos fundamentais, nem acarreta a perda de sua validade e eficácia jurídica.

Não se defende uma posição juspositivista dos direitos fundamentais, no sentido de que um direito somente poderia ser considerado direito fundamental em virtude de, e depois de, positivação em textos normativos. Ao contrário; especialmente em relação aos direitos sociais, encontram-se ao redor do mundo, em outras culturas e tradições, experiências diferentes nas quais políticas sociais ativas não tem base constitucional.

De outra parte, mesmo reconhecendo os limites do direito<sup>221</sup> e sem incorrer na crença ingênua de que da adoção de um catálogo de direitos vai decorrer automaticamente a sua efetiva proteção,<sup>222</sup> não se pode desconsiderar o poderoso efeito da consolidação normativa das formas de proteção social, no mínimo como efeito simbólico, mas também como vetor da consolidação da finalidade social. Como refere Jeff King, o discurso sobre direitos (*rights-discourse*) é um elemento chave essencial do discurso político contemporâneo<sup>223</sup>.

Norberto Bobbio considera que a afirmação dos direitos humanos em textos jurídico-normativos, historicamente, constitui um ponto de partida para a constituição de um autêntico sistema de direitos – no qual se passa do “direito pensado” para o

---

crítico do *judicial review*, considera que excepcionalmente poderia constitui um mecanismo adequado para assegurar as condições para o exercício da democracia - e ainda assim de forma limitada à consecução deste objetivo. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 158.

<sup>221</sup> Afinal, “vemos todo dia a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”. CRUET, Juan. *A vida do direito a e inutilidade das leis*. Lisboa, Bertrand, 1908. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br> Acesso em 10 ago. 2017.

<sup>222</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 2.

<sup>223</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 2.

“direito realizado”.<sup>224</sup>

Na dúvida, e consideradas as distintas realidades, entende-se que a consolidação dos direitos sociais e de formas de proteção social em textos constitucionais constitui um passo significativo na consolidação de um sistema de proteção social. Evidentemente, para que não reste apenas a palavra vazia, essa inserção deve configurar também formas de proteção e efetividade dos direitos sociais.

A propósito refira-se que, a confirmar a tese ora defendida, as últimas décadas vêm presenciando a progressiva incorporação dos direitos sociais nos textos normativos em nível internacional, regional e nos ordenamentos nacionais.

No tópico que segue, será desenvolvido um estudo dos diversos modelos de afirmação e de reconhecimento dos direitos sociais nos textos constitucionais e nos instrumentos internacionais, buscando estabelecer uma base que permita uma melhor avaliação, em perspectiva, dos modelos brasileiro e português, os quais serão examinados de forma mais detida na segunda parte deste trabalho.

## **1.2 BREVE PANORAMA DA INSERÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NOS SISTEMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS**

Como já assinalado, os textos normativos das Constituições contemporâneas e instrumentos internacionais se caracterizaram pela progressiva incorporação dos direitos fundamentais. As primeiras catalogações de direitos tinham como objetivo a limitação do poder do Estado, as liberdades civis e políticas. Com o passar do tempo, muitos textos passaram a conter também disposições relativas a direitos sociais, traçando-se assim as bases do constitucionalismo social.

Esse processo de ‘socialização’ dos instrumentos internacionais e dos textos constitucionais não foi linear no espaço e no tempo, nem se deu da mesma forma. Afinal, os direitos sociais são influenciados por fatores políticos, econômicos, sociais; tratando-se de direitos dependentes de custos, de organização social e de fundamental atuação do Estado, não é de se estranhar que “desde a sua irrupção como categoria histórica e teórica, o destino dos direitos sociais esteve ancorado ao

---

<sup>224</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29-30.



do próprio Estado”.<sup>225</sup>

Acresça-se a impossibilidade de unificação normativa que compreenda as peculiaridades nacionais ou regionais, bem como a já referida complexidade dos direitos sociais, que abrangem temas tão diversos como saúde, educação, assistência social, previdência social e condições de trabalho; igualmente diversos são os níveis e formas mediante os quais pode se dar essa proteção, tudo a contribuir para uma evolução e um desenvolvimento normativo marcados pela disparidade.

### 1.2.1 A dimensão internacional dos direitos sociais

Os direitos sociais começaram a ser referidos nos instrumentos internacionais desde a primeira metade do século XX.<sup>226</sup> O pioneirismo ocorreu logo a seguir a períodos de guerra, evidenciando que, depois de grandes convulsões e tragédias, a sociedade se preocupa com a questão da proteção contra as adversidades.

Assim é que no Convênio da Liga das Nações<sup>227</sup> firmado em janeiro de 1919<sup>228</sup> consignou-se o compromisso de assegurar condições de trabalho equitativas e humanitárias (art. 23, 1); no tratado de paz que pôs fim à 1ª Guerra Mundial (Tratado de Versalhes, 28 de junho de 1919)<sup>229</sup>, houve a preocupação com a regulação das relações de trabalho, tendo sido constituída a OIT – Organização Internacional do Trabalho. No preâmbulo do tratado consta a referência à justiça social como único modo de alcançar a paz universal e duradoura, repudiando as condições nocivas de trabalho que causam injustiça, miséria e privações que ameaçam a paz e harmonia universal. Estabelecia uma catalogação de direitos, abrangendo disposições, entre

<sup>225</sup> No original: “desde su irrupción como categoría histórica y teórica, la suerte de los derechos sociales ha estado anclada a la del propio Estado.” PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, out. 2001, p. 81-107, p. 81.

<sup>226</sup> Refere Robertson sobre o difícil processo de reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, ter havido em muitos casos inversão, sendo reconhecidos em instrumentos internacionais antes de ser reconhecidos nos planos nacionais. ROBERTSON, Robert E. Measuring State compliance with the obligation to devote the ‘maximum available resources’ to realizing economic, social and cultural rights. *Human Rights Quarterly*. v. 16, n. 4. p. 693-714, 1994, p. 693-694.

<sup>227</sup> A Liga das Nações, criada em 1920, era uma instituição internacional cujo objetivo era “promover a cooperação, paz e segurança internacional”, contudo teve curta duração. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 109.

<sup>228</sup> Texto disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>

<sup>229</sup> Texto disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO). Acesso em 02 set 2017.

outros temas, sobre regulamentação das horas de trabalho, salário adequado e proteção nos casos de doença, velhice ou invalidez.

Em 10 de dezembro de 1948 foi editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, agregando o valor ‘justiça social’, desde o seu preâmbulo, no qual ficou estabelecida a promoção do progresso social e de melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. No artigo primeiro, consta que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” devendo pautar as relações com “espírito de fraternidade”.

Os direitos sociais e os direitos de liberdade e igualdade clássicos tiveram aceitação plena,<sup>230</sup> o que se traduziu especialmente nas disposições insertas nos artigos 22 a 27. Assim é que prevê o direito ao seguro social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 22); a liberdade sindical (art. 23); o direito ao descanso e férias (art. 24); direito à educação (art. 26). Transcreve-se a seguir o artigo 25, pela relevância de suas disposições quanto aos direitos sociais:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.<sup>231</sup>

Por fim, o artigo 28 traz importante consignação da apropriação do princípio social em termos de direito internacional, estabelecendo que “todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

Na esteira, seguiram sucessivos tratados e acordos internacionais consignando direitos sociais.

Em 1966, a Assembleia Geral adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, contendo 31 artigos. A redação do preâmbulo estabelece a ligação entre liberdade e igualdade, encerrando que “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria,

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 217, p. 55-66, jul/set 1999, p. 56-57.

<sup>231</sup> Texto disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”<sup>232</sup>. Ao rol previsto na DUDH acrescentou o direito de greve (art. 8, I, d).

Esse instrumento também foi inovador ao estabelecer disposições de garantia, prevendo um sistema de monitoramento por meio de relatórios periódicos a serem submetidos ao Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ainda que sem vinculatividade.

O artigo 2.1 estabeleceu a cláusula da realização progressiva dos direitos sociais, segundo a qual os Estados-membros comprometem-se a adotar medidas para assegurar o exercício dos direitos previstos no Pacto, até o máximo dos recursos que disponham:

#### ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Para Miguel Carbonell, se é certo que a concepção de direitos sujeitos a um nível de realização progressiva encerra o reconhecimento de que a consecução de um máximo nível de proteção social não é um objetivo factível imediatamente, por outro lado não resta esvaziado o conteúdo da norma, implicando que os países-membros devem se esforçar para, de forma contínua e progressiva, alcançar esse patamar adequado de proteção.<sup>233</sup>

Essa ideia de implementação progressiva dos direitos sociais no máximo dos recursos disponíveis concentra algumas das concepções mais importantes em torno da eficácia dos direitos sociais, como o da máxima efetividade, reserva do possível e, mesmo, a vedação de retrocesso. Afinal, se os direitos sociais devem ser realizados

<sup>232</sup> Conforme o Decreto-legislativo n. 226, de 12.12.91 e promulgado pelo Decreto n. 591, de 06.07.1992, que incorporou o PIDESC no ordenamento interno do Brasil. Em Portugal, a assinatura ocorreu em 31.07.1978, sendo ratificado em 28 de janeiro de 2013 (Resolução 3/2013 da Assembleia da República).

<sup>233</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDÓÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231, p. 180.

progressivamente no máximo de recursos disponíveis, não seria despidiendo entender-se que daí decorre o princípio da vedação de retrocesso no nível de proteção já alcançado.<sup>234</sup>

Somente em 1985, no âmbito das Nações Unidas, foi instituído pelo Conselho Econômico e Social o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão encarregado do controle da aplicação, pelos Estados partes, das disposições do PIDESC<sup>235</sup>. O trabalho de supervisão do Conselho se opera mediante relatórios periódicos, que são submetidos a grupos de trabalho e dos quais resultam observações finais, indicando os aspectos positivos, os fatores que dificultam a aplicação do pacto ou que merecem preocupação, bem como as sugestões e recomendações para alcançar uma melhor proteção. Um documento internacional importante a respeito são os chamados “Princípios de Limburg”, sobre a natureza e o alcance das obrigações dos Estados-Partes acerca do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>236</sup>

Em 2008, foi aprovado na Assembleia Geral o Protocolo Facultativo ao PIDESC<sup>237</sup>, o qual prevê mecanismos de reclamação de indivíduos ou grupos de indivíduos contra os Estados-Partes perante o Comitê, se houver violação dos direitos econômicos, sociais e culturais enunciados nas disposições do PIDESC.

Na esfera do direito internacional, devem ser referidas também as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente a Declaração da Organização Internacional do Trabalho dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (Declaração da OIT), aprovada em 1998, que engloba normas relativas à

<sup>234</sup> Por todos, ver COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en matéria de los derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en matéria de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-52. Também em ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 117-118.

<sup>235</sup> Até o momento, já foram publicados 24 observações gerais pelo Comitê, sobre vários assuntos, dentre os quais o direito à moradia adequada (n. 4), pessoas com incapacidades (n. 5) idosos (n. 6), sobre a aplicação do Pacto no âmbito dos estados, inclusive e especialmente no que toca à justiciabilidade (n. 9); ensino primário e educação (n. 11 e 13); direito à alimentação adequada (n. 12); saúde (n. 14). Disponível na internet: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11) Acesso em 22 de outubro de 2017.

<sup>236</sup> Documento elaborado por especialistas em direito internacional reunidos em Maastricht em 1986. UNITED NATIONS. Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. UN doc. E/CN.4/1987/17, Annex. Disponível em: <https://www.escr-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural>. Acesso em: 22. set. 2017.

<sup>237</sup> Ratificado em Portugal por meio do Decreto do Presidente da República 12/2013, ainda não ratificado no Brasil.

dignidade do trabalhador.

No campo dos instrumentos regionais, o marco foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 1948, que agrega direitos civis e políticos e direitos econômicos sociais e culturais, como o direito à preservação da saúde e ao bem-estar, à educação, à previdência e aos benefícios da cultura (respectivamente artigos XI, XII, XVI e XIII)<sup>238</sup>.

Outro documento base no âmbito interamericano é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, de 1988 (Protocolo de San Salvador)<sup>239</sup>, que complementou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969, com vigência a partir de 1978), a qual não previa direitos econômicos, sociais e culturais, apenas consignava o compromisso dos Estados com a realização progressiva da plena efetividade desses direitos (artigo 26).

Ainda na esfera regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão encarregado de julgar os casos de violação aos direitos humanos ocorridos em países que integram a Organização dos Estados Americanos (OEA).

No plano europeu, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) inicialmente não estabelecia direitos sociais. Na origem, a vocação da União Europeia era mais direcionada a uma matriz econômica, de proteção da livre concorrência. Contudo, com a Carta social europeia assinada em Turim em 1961, estabelecendo diretrizes para a política social na Europa, se incorporou o princípio social à União Europeia. Catarina Botelho identifica nesse proceder uma “tática política de cautela e alguma resiliência” a respeito da tutela dos direitos, sendo o primeiro documento de mais fácil aceitação pelos Estados membros por ocasião das tratativas iniciais.<sup>240</sup>

Além da tensão entre as duas inclinações antagônicas – econômica e social - outro fator complicador é a diversidade entre os sistemas nacionais dos Estados Membros, com diferentes tradições e formas de proteção. Aliando-se ainda o fato de que as políticas sociais implicam despesas aos Estados Membros, compreende-se porque nessas matérias o desenvolvimento foi tardio, difícil e disperso.<sup>241</sup>

<sup>238</sup> Texto disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm). Acesso em 23.09.2017.

<sup>239</sup> Ratificado pelo Brasil no Decreto 3.321/99.

<sup>240</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 231-232.

<sup>241</sup> RAMALHO, Maria do Rosario Palma. O tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia.

A evolução se deu de forma gradual, tendo sido as primeiras formulações vinculadas aos interesses econômicos – garantia da circulação dos trabalhadores e maior hegemonização das relações de trabalho vistas como forma de assegurar a livre concorrência<sup>242</sup>.

Em 1989, foi assinada em Strasburgo a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (Carta Social Europeia Revista), ampliando significativamente o texto da primeira Carta Social. Em um texto completo e ambicioso<sup>243</sup>, encerra disposições relativas à livre circulação; emprego e remuneração; melhoria das condições de vida e de trabalho; proteção social; liberdade de associação e negociação coletiva; formação profissional; igualdade de tratamento entre homens e mulheres; informação, consulta e participação dos trabalhadores; proteção da saúde e segurança no meio laboral; proteção de crianças e adolescentes; idosos; pessoas com deficiência.

No geral, pode-se dizer que há ampliação das matérias compreendidas nas políticas sociais da União Europeia, bem como tem havido o desenvolvimento em outras áreas de intervenção<sup>244</sup>.

O direcionamento das ações comunitárias não tem por objetivo a unificação mas sim uma harmonização mínima das legislações nacionais<sup>245</sup> - ou, como sintetiza Loureiro, a coordenação de sistemas -, já que se trata de domínio pertencente aos Estados nacionais.<sup>246</sup> O princípio orientativo é o da subsidiariedade das medidas da

---

Algumas notas. In: QUADROS, Fausto de (coord.). *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-70, p. 60.

<sup>242</sup> RAMALHO, Maria do Rosario Palma. O tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia. Algumas notas. In: QUADROS, Fausto de (coord.). *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-70, p. 62.

<sup>243</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 232.

<sup>244</sup> RAMALHO, Maria do Rosario Palma. O tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia. Algumas notas. In: QUADROS, Fausto de (coord.). *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-70.

<sup>245</sup> Emmanuel Jeuland refere que vem ocorrendo um processo de “europeização” dos ordenamentos nacionais tanto no aspecto processual como no direito substantivo. JEULAND, Emmanuel. L’espace juridique européen: un ordre juridique interétatique. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 141-153, jun. 2010. Na mesma linha, Italo Andolina refere que há uma tendência à homogeneização das legislações dos Estados membros no âmbito da União Europeia, em um processo de crescente comunitarização, buscando-se, entretanto, que o equilíbrio e a independência dos ordenamentos nacionais sejam preservados. Conforme ANDOLINA, Italo Augusto. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia civile. *Revista de Processo*, n. 183, a. 35, p. 224-238, maio 2010.

<sup>246</sup> LOUREIRO, João Carlos. Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e

União em relação aos regimes nacionais, além do que em matéria de segurança social prevalece a autonomia dos Estados membros, os quais devem se orientar à sustentabilidade (artigos 145, 151, 153 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia)<sup>247</sup>.

Por seu turno, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 2000 foi estruturada em capítulos de acordo com os valores que compreende (Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania e Justiça). Incluiu previsões de cunho social no capítulo específico para os direitos de solidariedade, compreendendo nove artigos (capítulo IV, artigos 27 a 38). Além dessas disposições há outras previsões dispersas pelo restante do texto que também podem ser consideradas como direitos sociais.

A partir de 1 de dezembro de 2009, data da entrada em vigor do Tratado da União Europeia assinado em Lisboa (Tratado de Lisboa), a Carta de Direitos Fundamentais tornou-se juridicamente vinculativa (artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia - TUE): “a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...], que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

Em temas de catalogação de declarações de direitos, não introduziu muitas inovações, sendo mais um instrumento de consolidação das previsões existentes do que um documento novo.<sup>248</sup> Contudo, teve o mérito de ser o primeiro instrumento de direitos no âmbito da União Europeia a proclamar conjuntamente os direitos civis e políticos e os direitos sociais, sem estabelecer uma diferenciação de regime entre eles.<sup>249</sup>

Mais recentemente, os documentos internacionais de direitos humanos vêm tendendo à especificação dos direitos, voltando-se à proteção de grupos determinados, dentre outros os direitos da mulher, da criança, trabalhadores migrantes, das minorias raciais e das pessoas com deficiência. Inclusive, os dois pactos internalizados no direito brasileiro com força de emenda constitucional, de

<sup>247</sup> pobreza(s). *RUA-L. Revista da Universidade de Aveiro* n.º 1 (II. série), 2012, p. 181-232, p. 205. RAMALHO, Maria do Rosario Palma. O tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia. Algumas notas. In: QUADROS, Fausto de (coord.). *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-70.

<sup>248</sup> PEREZ PEREZ, Gabriel. La problemática de los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Cuest. Const.*, México, n. 18, p. 169-199, jun. 2008.

<sup>249</sup> LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Protegendo os direitos a um nível multidimensional. *RFDUP*, 3, 2006, p. 41-76, p. 56.

acordo com a nova disciplina constitucional da Emenda Constitucional 45, são justamente a respeito das pessoas com deficiência.

O Comitê Europeu dos Direitos Sociais<sup>250</sup> é o órgão encarregado de examinar as reclamações coletivas, que podem ser interpostas por *social partners* e outras organizações não governamentais. Os estados membros devem prestar informações, cabendo ao Conselho elaborar relatórios anuais, avaliando se estão sendo cumpridas as disposições da Carta Social.

Catarina Botelho aponta a inconsistência do sistema de monitoração do cumprimento das disposições, sintetizando que “ao nível do Direito Internacional Regional europeu há ainda um longo caminho a percorrer para dotar os direitos sociais de uma plena efetividade”<sup>251</sup>.

No que toca à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos há esparsos julgados de casos. Refiram-se decisão sobre liberdade sindical (34503/07, *Demir y Bakair* vs. Turquia); direito à vida familiar (*Marckx vs. Bélgica*), acesso à justiça (*Aitry vs. Irlanda*); mais recentemente, foram submetidas à CEDH as medidas de austeridade, envolvendo casos de Portugal, Grécia e Hungria, firmando-se também no âmbito da CEDH uma ‘jurisprudência da crise’.

Catarina Botelho entende que a Corte Europeia de Direitos Humanos vem lentamente inclinando-se no sentido de sublinhar a dimensão social de direitos civis, tendendo ao reconhecimento de que os direitos sociais não são direitos de segunda categoria e desprovidos de sindicabilidade judicial<sup>252</sup>.

Por último, o Brasil é signatário do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), criado no Tratado de Assunção em março 1991<sup>253</sup>, proposta de integração regional que se concebeu e permanece mais centrada na integração dos mercados. Sem prejuízo, alguns temas relacionados aos direitos sociais, como a seguridade social e a erradicação do trabalho infantil, desde o início foram objeto de pactos cooperativos no âmbito dos países do MERCOSUL, dado que relacionados/decorrentes da livre

<sup>250</sup> <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/european-committee-of-social-rights>  
<sup>251</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 235.

<sup>252</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 228-230.

<sup>253</sup> Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível na internet: <http://www.mercosul.gov.br/normativa/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1/> Acesso em 13 abr. 2014.



circulação entre os países integrantes<sup>254</sup>.

Para constar, refira-se ainda que o Brasil é signatário de acordos multilaterais e bilaterais, relativos à seguridade social, saúde, relações de trabalho, previdência social<sup>255</sup>.

Feito esse apanhado sobre a inserção dos direitos sociais em textos constitucionais e em instrumentos internacionais ratificados por um grande número de países, constata-se que se vem expandindo, no plano internacional, a previsão de direitos sociais como direitos fundamentais, sendo de se ressaltar que, em tema de direitos humanos, há a tendência de que as jurisprudências internas dos países acolham as disposições internacionais.<sup>256</sup>

Casalta Nabais alerta que a tendência à ‘panfundamentalização’, pela ‘inflação’ de direitos fundamentais, coloca-os em risco de banalização<sup>257</sup>. Já Pérez Luño, em uma visão bem mais otimista, vislumbra nessa expansão a preocupação e a esperança em uma humanidade definitivamente liberada do temor de ter violados seus direitos mais essenciais.<sup>258</sup> Em texto mais recente, entretanto, adverte para o risco de formulações em textos internacionais “tão grandiloquentes quanto ilusórias”, carentes de eficácia<sup>259</sup>.

Saliente-se que as normas dos instrumentos tendem a representar um mínimo consenso, sendo naturalmente mais proclamatórias, não vinculativas, estabelecendo princípios e programas de atuação, com muito menos densidade normativa do que as

<sup>254</sup> Assim é que em Montevideo, em 15 de dezembro de 1997, foi firmado o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul e seu Regulamento Administrativo (Aprovado pelo Decreto Legislativo n.451/2001); em 1998, no Rio de Janeiro, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram a Declaração sociolaboral do MERCOSUL, com nova versão revisada em 2015 em Brasília, ainda não ratificada.

<sup>255</sup> Dentre outros, refiram-se a título exemplificativo a Convenção Multilateral Iberoamericana de Segurança Social (Decreto n. 8358, de 13 de novembro de 2014); a Convenção Multilateral de Segurança Social da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), assinada no Timor Leste em 2015, ainda em processo de ratificação no direito interno; Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai (Decreto nº 1850, de 10 de abril de 1996); o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina (Decreto nº 1560, de 18 de julho de 1995).

<sup>256</sup> McCRUDDEN, Christopher. A common law of human rights? Transnational conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, vol. 20, p. 499-532, p. 501.

<sup>257</sup> NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 103.

<sup>258</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 41-42.

<sup>259</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales. In: SANCHEZ, Alvaro Bravo et al. (org.). *Derechos sociales em tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013.

legislações nacionais.

Essa circunstância não tira o mérito da positivação no âmbito internacional e nem invalida as normas mais favoráveis nacionais em caso de conflito; entretanto, é inegável que a generalidade das formulações é um dificultador da sindicabilidade dos direitos sociais.

Ainda, os documentos internacionais, em regra, dão tratamento mais protetivo aos direitos civis e políticos, distinção que vai desde o modo de enunciação das normas, que nos direitos civis e políticos estabelecem direitos para os indivíduos e nos direitos econômicos, sociais e culturais limitam-se a estabelecer deveres de realização progressiva para os Estados<sup>260</sup>, até os diferentes níveis de *enforcement*. A diferenciação de tratamento se estende, inclusive, à proporção de recursos destinados a uns e outros<sup>261</sup>.

Uma limitação dos textos internacionais é a sua escassa vinculatividade em relação aos ordenamentos jurídicos nacionais. Se há sistemas em que se verifica o primado das normas convencionais, como no caso da União Europeia, na generalidade dos demais casos essa projeção não ocorre da mesma maneira e não há medidas de controle ou sanções para o descumprimento dos direitos sociais.

Por fim, encerrando este tópico, consigna-se que a existência de normatização internacional tão ampla pode fazer presumir que os sistemas dos diferentes países sejam semelhantes. Ainda que se possa dizer que há uma natural tendência de a normatização evoluir nesse sentido, na prática ainda há uma enorme diversidade de normatização jurídica dos direitos sociais. Nem mesmo nos países da União Europeia há uniformidade nas legislações internas dos diferentes países, inexistindo consenso seja quanto à constitucionalização ou não, seja quanto ao nível de força jurídica, seja quanto ao nível de eficácia e proteção, comportando ainda uma grande diversidade de abordagens jurisprudenciais.<sup>262</sup>

No tópico que segue, examinam-se, sem pretensão de completude, alguns

<sup>260</sup> LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book.

<sup>261</sup> MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In: FLÓVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.; ARNARDÓTTIR, O. M. (eds), *Ragnarsbók*. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, 2009, p. 453-484, p. 455-456. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>.

<sup>262</sup> ROMAN, Diane. La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe: vers une jurisprudence de crise? *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 45, p. 63-75, 2014/4. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel-2014-4-page-63.htm>

distintos esquemas de proteção dos direitos sociais, destacando-se o fenômeno da gradual e crescente positivação constitucional a partir da segunda metade do século vinte.

### 1.2.2 Os direitos sociais nos ordenamentos jurídicos nacionais

A inclusão da finalidade social do Estado nos textos constitucionais nem sempre é expressa, e, mesmo quando expressa, nem sempre se faz acompanhar da respectiva previsão de direitos sociais na forma de catálogo, ou em alguns casos apenas são estabelecidas previsões genéricas e esparsas. E, quando se corporifica na forma de catalogação de direitos sociais, o seu conteúdo é diversificado em forma e em extensão, e ainda nem sempre são dotados da mesma densidade e força normativa que os direitos civis e políticos, sendo ademais variáveis as garantias estabelecidas para a concretização dos direitos sociais.

Nesse evoluir, em termos de antecedentes históricos, começa-se por referir que o documento considerado marco do constitucionalismo, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, se amparava na separação de poderes e na garantia dos direitos; contudo, a prevalência era dos direitos individuais.<sup>263</sup>

Na mesma linha, a Constituição americana e o respectivo *Bill of Rights* refletiam a preocupação com a limitação e a divisão de poderes, sem, contudo, estender-se quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse silêncio constitucional é atribuído a uma multiplicidade de fatores, dentre os quais a influência das ideias liberais, um contexto social razoavelmente equalitário e o espírito americano.<sup>264</sup>

Contudo, já a Declaração de 1793, cujo catálogo foi incorporado ao texto da Constituição da 1ª República francesa de 24 de junho daquele ano, trazia disposições que podem ser consideradas como direitos sociais: no art. 21, previa que “os socorros públicos são uma dívida sagrada”, sendo que à sociedade cabia a responsabilidade de amparar os necessitados, o que poderia ser feito proporcionando-lhes o trabalho, ou assegurando os meios de existência para os incapazes de trabalhar. O art. 22

---

<sup>263</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 22.

<sup>264</sup> DICK, Howard A. E. Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain. *Revue française de science politique*, 40<sup>e</sup> année, n<sup>o</sup>2, 1990, p. 173-191.

declarava a educação como direito de todos.<sup>265</sup>

Entretanto, os textos normativos considerados como efetivos marcos a partir do qual se iniciou a apropriação dos direitos sociais nos sistemas jurídicos são as pioneiras leis alemãs que, sob a chancela de Otto Von Bismarck, em seu conjunto introduziram um sistema de seguro social obrigatório. Tais documentos identificam uma primeira fase - que se pode denominar de experimental - na evolução do Estado Social.<sup>266</sup>

O sistema criado na Alemanha não constituía uma forma ampla e sistemática de proteção, mas sim uma sucessão de lei esparsas, editadas a partir de 1883, as quais previram formas de proteção dos trabalhadores, estabelecendo cobertura em face de eventos como doença, acidentes de trabalho, idade avançada.<sup>267</sup> Esse modelo embrionário de seguro social era custeado a partir de contribuições compulsórias dos próprios trabalhadores e dos empregadores.

O pioneirismo dessas iniciativas consiste em que, superando a proteção social pela mera forma caritativa, previam prestações aos seus destinatários sob tutela do Estado.

Entretanto, a proteção social, nessa época, era esparsa e restrita a algumas prestações, não representando uma intervenção consistente do Estado na vida econômica. Na avaliação de Gerardo Pisarello, as políticas sociais nesse período constituíam-se em meras cláusulas políticas de compromisso, como forma de tentar desarticular os movimentos sociais<sup>268</sup>.

Foi mais adiante a Revolução Russa de 1917, impulsionada pelo partido bolchevista, tendo como documento base a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, redigida por Lênin e que se incorporou à Constituição russa

<sup>265</sup> No original: "Article 21. - Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler."; "Article 22. - L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens". Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>.

<sup>266</sup> SÀNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: BADIA, Miguel Caminal. *Manual de ciência política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 236-260, p. 241-242.

<sup>267</sup> Por iniciativa de Otto Von Bismarck, previam a cobertura de riscos por doença (1883), ampliada em 1884 para alcançar os acidentes de trabalho, e em 1889 para invalidez e idade avançada, em 1891 para limitar a jornada de trabalho.

<sup>268</sup> PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15 (octubre 2001), p. 81-107, p. 82-83.

de 1918.<sup>269</sup> Pretendia a construção de uma organização ‘socialista’ da sociedade,<sup>270</sup> cujo ponto de ruptura radical em relação às correntes sociais inspiradas principalmente no cristianismo era a perspectiva da eliminação da propriedade privada dos meios de produção.<sup>271</sup> Entretanto acabou por naufragar, desandando em um regime totalitário<sup>272</sup>, como acontecido também com outras experiências posteriores desse tipo.<sup>273</sup>

Os primeiros documentos constitucionais a inserirem previsões de cunho social foram a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919.

A Constituição mexicana, a primeira tentativa de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais, superando os polos opostos do individualismo e do coletivismo,<sup>274</sup> se assentava em uma tríade normativa formada pela garantia especial da igualdade que demarca, de um lado, o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, e de outro a limitação da propriedade privada em nome de sua função social.<sup>275</sup> O artigo 5º prevê a proteção do Estado nas relações de trabalho; no artigo 27 estabelece a limitação da propriedade privada; prevê o direito à educação, a proteção do trabalho (art. 123, com originalmente trinta incisos), e também inclui normas sobre previdência social, proteção da terra e dos recursos naturais.<sup>276</sup> Pela primeira vez o direito de greve foi previsto em um texto constitucional. Todavia, ainda que se encontre vigorando até hoje, devido à conjuntura política vigente ao tempo de

<sup>269</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 39.

<sup>270</sup> Texto disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1918.htm>.

<sup>271</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>272</sup> PISARELLO, Gerardo. *Un largo temidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. E-Book. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/22.html>, p. 122-124.

<sup>273</sup> Pisarello refere-se também como tentativas naufragadas em autoritarismo, além da Alemanha de Weimar, a Espanha de 1931. PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Revista Isonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº15. Octubre 2001, p. 81-107, p. 83.

<sup>274</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 39.

<sup>275</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>276</sup> Sobre as circunstâncias do processo de elaboração da Constituição, bem como o desenvolvimento posterior, ver PISARELLO, Gerardo. *Un largo temidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. E-Book. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/22.html>, p. 122-124, p. 119-122.

sua proclamação, não se realizavam os conteúdos constitucionais<sup>277</sup>.

A Constituição imperial de Weimar, o texto constitucional mais importante a sinalar a passagem do Estado liberal para o Estado de Direito<sup>278</sup>, constituiu “o ponto de maior influxo no contexto do Constitucionalismo ocidental contemporâneo: uma espécie de marco inicial do próprio Constitucionalismo social”<sup>279</sup>; refletiu a preocupação causada pelas consequências da primeira Guerra Mundial e da Revolução de 1918<sup>280</sup>. Frente à pobreza extrema das vítimas da guerra e à incapacidade da sociedade civil de supri-la reivindicava-se uma maior atuação do Estado<sup>281</sup>.

No artigo 151, tratava da ordem econômica - daí o surgimento do conceito de “constituição econômica”<sup>282</sup> -, a qual devia ser estruturada com base nos princípios de justiça e com a aspiração de assegurar a todos uma existência humana digna. A sua segunda parte, dividida em cinco capítulos, formulava os direitos e os deveres fundamentais, reconhecendo, junto às liberdades, direitos sociais referidos à proteção da família, educação e trabalho<sup>283</sup>; previa direitos relativos à educação, moradia e um modelo de seguridade social ampliativo em relação às leis bismarckianas<sup>284</sup>. Contudo, seus dispositivos não eram dotados da necessária vinculatividade ao legislador<sup>285</sup>, e ademais a vigência do texto constitucional foi efêmera e constricta por um estado de exceção e pela crise econômica de 1929.

A plasmação dos direitos sociais nesses textos se dava mais em termos de elencamento de princípios éticos e linhas orientadoras, prevendo apenas medidas

<sup>277</sup> CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Ano 23, n. 69, set-dez 2003, p. 139-180, p. 151.

<sup>278</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 39.

<sup>279</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

<sup>280</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

<sup>281</sup> FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 54-55.

<sup>282</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>283</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 39-40.

<sup>284</sup> PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. E-Book. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/22.html>, p. 125-129.

<sup>285</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 210.

esparsas de proteção social e desacompanhadas de instrumentos para tornar efetivos os direitos. Ainda assim, tais documentos tiveram grande repercussão<sup>286</sup>, constituindo o embrião para o desenvolvimento da futura concepção de proteção social como tarefa constitucional do Estado.

Em uma segunda fase, de consolidação do modelo de Estado de Bem-Estar, começaram a serem constituídas as bases de programas mais sólidos e sistematizados de proteção dos direitos sociais. Para Herrera, nessa “segunda onda” de constitucionalismo social se fixaram os fundamentos jurídicos dos direitos sociais, até nossos dias<sup>287</sup>.

No regime fascista da Itália, a Carta del Lavoro de 1927 consigna o trabalho como um dever social, portanto sob tutela do Estado; instituía um sistema corporativo, no qual os interesses das diferentes classes sociais deveriam se expressar por meio de representantes, com órgãos do Estado; também com um sistema corporativista, a Constituição de Portugal de 1933.<sup>288</sup>

Nos Estados Unidos, a necessidade de combate à recessão causada pela grande crise econômica de 1929 levou à aprovação de um plano de benefícios aos desempregados e aposentados, o *Social Security Act*, de 1935. O presidente eleito, Franklin Roosevelt, encetou um plano de recuperação da economia, o *New Deal*, o qual se estruturava nas “quatro liberdades” – liberdade de expressão, liberdade religiosa, libertação da necessidade e libertação do medo. No seio das medidas que compunham o plano, chegou a propor a inclusão na Constituição de uma catalogação de direitos sociais, o *Economic Bill of Rights*, ou *Second Bill of Rights*, o qual, contudo, não chegou a ser aprovado.<sup>289</sup>

A partir da segunda Guerra Mundial se iniciou uma terceira fase, de expansão dos direitos sociais. Nesse contexto histórico, no qual, como já referido, houve grande prosperidade econômica em algumas partes do globo, se reuniram as condições para manutenção e incremento das políticas sociais, concebidas como forma de alcançar o crescimento econômico em um ambiente de bem-estar social<sup>290</sup>.

<sup>286</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 93.

<sup>287</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>288</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>289</sup> Conforme SUNSTEIN, Cass. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution – And why we need it more than ever*. New York: Basic Book, 2006.

<sup>290</sup> SÁNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In: BADIA, Miguel Caminal. *Manual de ciência*

Progressivamente os direitos sociais passaram a ser objeto de tutela. Em alguns casos deixaram de constituir apenas previsões legislativas e passaram a ser incorporados nos textos constitucionais. Em outros países a disciplina dos direitos sociais não constou nos textos constitucionais, desenvolvendo-se exclusivamente com base em normas legais e praxes administrativas. Não obstante, daí não decorre necessariamente que em tais países haja ausência, ou insuficiência, de proteção dos direitos sociais, podendo ocorrer que tal proteção na prática seja assegurada até em termos mais amplos que os países nos quais há catalogação constitucional. A respeito dessa questão, com muita propriedade refere Jorge Novais que, quando estão configuradas causas políticas e econômicas em contexto favorável à realização dos direitos sociais, é virtualmente indiferente a existência de catalogação constitucional ampla, restrita ou mesmo inexistente<sup>291</sup>.

Em breve apanhado, são a seguir referidos, não a título exaustivo e sem pretensão de completude<sup>292</sup>, alguns exemplos de regimes adotados em alguns Estados que consagraram constitucionalmente, ou não, os direitos fundamentais, destacando de forma breve o modo como se opera a tutela dos direitos sociais nos diferentes ordenamentos. Propositadamente, não são examinados os sistemas português e brasileiro, os quais serão objeto de exame mais aprofundado em tópico posterior deste trabalho.

#### a) Itália

Refira-se inicialmente que a Constituição italiana de 1947 é considerada uma das mais avançadas cartas constitucionais.<sup>293</sup> Dentre os princípios fundamentais,

---

*política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 236-260, p. 246.

<sup>291</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 157.

<sup>292</sup> A seleção adotada partiu dos países multicitados na literatura a respeito do tema objeto de estudo, dentre os quais nos textos de: GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991; FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant to Blanch, 2010; LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal* 53, 2012, p. 190-247; YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University, 2012; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 157-220; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>293</sup> GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991,



estipulou ser dever do Estado “remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social” (art. 3).<sup>294</sup>

A par disso o texto constitucional consagrou uma extensa catalogação de direitos fundamentais, reservando um título (*Rapporti Etico-Sociali*) para os direitos econômicos, sociais e culturais, prevendo proteção à maternidade, à infância e à juventude (art. 31), a saúde como direito fundamental (art. 32), e ensino fundamental gratuito obrigatório (art. 34); o título seguinte do mesmo capítulo (*Rapporti Economici*), encerra disposições sobre trabalho (artigos 35 a 37), prestações previdenciárias e assistência social nos casos de acidente, doença, idade avançada, desemprego (art. 38); consagrando ainda como direitos sociais a liberdade sindical e o direito de greve (art. 39 e 40), além de tratar dos temas em outras disposições dispersas ao longo do texto.

Quanto à jurisprudência constitucional a Corte Constitucional italiana tem julgamentos que podem ser considerados precursores, reconhecendo e ampliando os direitos sociais previstos no texto constitucional,<sup>295</sup> bem como lhes reconhecendo a natureza de direitos fundamentais ainda quando condicionados à existência de recursos;<sup>296</sup> conquanto que não possa ser desconsiderada a realidade econômica e financeira, esta não pode justificar a derrogação do princípio da igualdade que fundamenta a ordem constitucional.<sup>297</sup>

Contudo, o entendimento é de que os direitos sociais comportam diferentes níveis de adjudicação, considerando a Corte Constitucional que há algumas previsões das quais decorrem diretamente direitos a prestações, gerando verdadeiros direitos subjetivos, dentre as quais o direito a remuneração justa e às prestações de

---

p. 10.

<sup>294</sup> No original: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

<sup>295</sup> GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitario Europeo*, Florença, 1991, p. 13.

<sup>296</sup> RAZZANO, Giovana. Lo statuto costituzionale dei diritti sociale. *Gruppo di Pisa*, agosto 2012, p. 1-82.

<sup>297</sup> GAMBINO, Silvio. Costituzionalismo, diritti sociali e crisi economica (nella prospettiva nazionale ed europea). *Revista de Direito Constitucional Internacional*. Ano 22. Vol. 87. P. 311-344. Abr.-jun. 2014.

seguridade social. Em outros casos, entende-se que é necessária a interposição legislativa, não decorrendo um direito subjetivo diretamente do texto constitucional.<sup>298</sup>

Ainda, é reconhecido na jurisprudência o direito a um nível essencial de prestações; por fim, é admitida a reversão de um grau de proteção alcançado, em caso de imperativo de contenção de despesa pública, a qual contudo deve ser operada de forma gradual, resguardado o núcleo essencial dos direitos.<sup>299</sup>

## b) França

O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 foi precursor na consagração expressa de direitos sociais.<sup>300</sup> Ainda que a enunciação tenha se dado na forma de princípios políticos, econômicos e sociais, reconhece bens sociais como direitos em espécie<sup>301</sup>, vindo a se constituir na base constitucional para os direitos sociais no sistema francês.<sup>302</sup>

A Constituição francesa de 1958, por seu turno, não estipulou um catálogo de direitos sociais, nem na sua redação original<sup>303</sup> nem depois da substancial alteração levada a efeito pela reforma constitucional de 2008.<sup>304</sup> Contudo, o artigo 1º consagra o princípio de que a França é uma república indivisível, laica, democrática e social<sup>305</sup>.

A opção pelo Estado Social se confirma muito claramente no âmbito da

<sup>298</sup> GIMÉNEZ, Luis María Diez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991, p. 11-12.

<sup>299</sup> RAZZANO, Giovana. Lo statuto costituzionale dei diritti sociale. *Gruppo di Pisa*, agosto 2012, p. 1-82.

<sup>300</sup> Historia Herrera que a adesão da França ao constitucionalismo social foi objeto de grandes discussões durante os debates constituintes de 1945-1946. HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>301</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>302</sup> POURHIET, Anne-Marie Le. Le statut, le contenu et l'effectivité des droits culturels et sociaux des plus défavorisés en France. In VERDUSSEN, Marc. (Org.). *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*. Bruxelles: Bruyant, 2009, p. 119-133.

<sup>303</sup> Lacuna cuja origem é atribuída à situação política por ocasião da promulgação da Constituição, bem como à urgência com que o texto foi elaborado. GIMÉNEZ, Luis María Diez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991, p. 13-14.

<sup>304</sup> Loi constitutionnelle 208-724, de 23 de julho de 2008. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-2008-724-du-23-juillet-2008.16312.html>.

<sup>305</sup> No original: “Article premier. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale”. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html>.

legislação infraconstitucional, contando com um arcabouço de programas de proteção social, respaldados por leis e regulamentos administrativos direcionados a políticas sociais e ao bem-estar da sociedade<sup>306</sup>.

Acresça-se que, por construção jurisprudencial, a partir de uma histórica decisão do Conselho Constitucional em 1971 foi incluído no 'bloco de constitucionalidade' (*bloc de constitutionnalité*) passível de controle judicial de constitucionalidade o preâmbulo da Constituição, o qual, por sua vez, remete à declaração dos direitos do homem de 1789 e a Constituição de 1946, bem como aos princípios fundamentais de valor constitucional adotados em leis anteriores à Constituição.

Entre os diversos precedentes históricos da Corte Constitucional francesa que gradativamente reconfiguraram o controle de constitucionalidade das leis<sup>307</sup>, encontram-se decisões relativas aos direitos sociais, especialmente o referido julgado que em 1971 afirmou a vigência dos direitos e princípios sociais previstos no preâmbulo da Constituição de 1946, declarando-se inconstitucional uma lei que restringia a liberdade de associação.

O Conselho Constitucional francês tem jurisprudência no campo dos direitos relativos ao trabalho<sup>308</sup>, e também a questão é examinada sob o novo regime de controle de constitucionalidade posterior, a *question prioritaire de constitutionnalité*, recentemente incorporada ao sistema francês.<sup>309</sup> Além disso, o Conselho acolhe o princípio da dignidade humana, dele extraíndo diversos desenvolvimentos<sup>310</sup>.

<sup>306</sup> LEFEBVRE, Matthiew; PESTIEAU, Pierre. *L'État-providence*. Défense et illustration. Paris: PUF, 2017. E-book.

<sup>307</sup> Em 1979, também com base no preâmbulo da Constituição de 1946, foi reconhecido o direito de greve; em 1979, o direito de negociação coletiva. Sobre a evolução do sistema francês de controle de constitucionalidade e os importantes precedentes da Corte Constitucional francesa a respeito do tema, ver POUILLAIN, Bernard. Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois. *Pouvoirs*, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n. 30, 30, L'Ecole, p. 121-136. Disponível na internet: <http://www.revue-pouvoirs.fr/Remarques-sur-le-modele-francais.html> Acesso em 10 out. 2016.

<sup>308</sup> GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991, p. 15.

<sup>309</sup> Ver, a respeito, LACABARATS, Alain. L'influence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit social. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 45, no. 4, 2014, p. 51-61; CELESTINE, Emmanuelle. *Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels*. Paper. VIIème Congrès français de droit constitutionnel. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/CelestineTXT.pdf>. Acesso em 20 out. 2017.

<sup>310</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 179.

### c) Espanha

A Constituição espanhola de 1978<sup>311</sup>, promulgada depois de longo período de regime ditatorial, é particularmente ambiciosa no que concerne à fixação do estatuto dos direitos fundamentais<sup>312</sup>. A previsão dos princípios e o extenso catálogo de normas de conteúdo social constitui-se um dos elementos distintivos do texto constitucional<sup>313</sup>.

No preâmbulo da Constituição, os direitos fundamentais foram considerados valores básicos superiores do ordenamento político jurídico constitucional, cabendo ao Estado promover o progresso da cultura e da economia e assegurar uma digna qualidade de vida; no primeiro artigo, declara ser a Espanha um Estado social e democrático de Direito, fundado na liberdade, na justiça, na igualdade e no pluralismo político. O texto constitucional incluiu o direito à educação, a liberdade sindical e o direito de greve na categoria dos direitos fundamentais. Nos artigos 39 a 52 arrola os princípios diretores da política social e econômica, relativos ao trabalho, à saúde, à previdência social, à cultura<sup>314</sup>. Refira-se que nos últimos anos houve a edição de reformas constitucionais e legais em série, no curso de medidas anticrise, em temas direta ou indiretamente relacionados com os direitos sociais<sup>315</sup>.

As normas sociais da Constituição espanhola, ainda quando formuladas em termos de princípio, têm eficácia jurídica, estabelecendo critério interpretativo para as normatizações do ordenamento jurídico, servindo como parâmetro de constitucionalidade e impondo deveres para os poderes públicos<sup>316</sup>.

<sup>311</sup> Disponível em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>

<sup>312</sup> Ver, a respeito, GÓMEZ, M.<sup>a</sup> Isabel Garrido. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*. Madrid: Dilex, 2007. Também em PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 55.

<sup>313</sup> RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: el derecho a la vivienda. *NPP*, 2, 2006, pp. 75-85.

<sup>314</sup> “Artículo 1. [...]”

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>315</sup> Dentre outros, com alterações constitucionais e legais prevendo fixação de limites às despesas públicas, reformas do sistema laboral, do sistema de seguridade social contributiva, do regime dos servidores públicos, dos sistemas de saúde e de educação. Um arrolamento detalhado dessas medidas é feito por FERNANDÉZ, Itziar Gómez. *Derechos sociales y política anticrisis em España*. Pp. 271-306. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David. (Org.). *A Constituição à prova da crise financeira internacional: textos das V Jornadas italo-hispano-brasileiras de Direito Constitucional Lecce-Italia, Universidade de Salento*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>316</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación. Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica. *Revista de estudios políticos*, n. 76, 1992, p. 103-126.

No sistema da Constituição espanhola, os direitos e liberdades vinculam os poderes públicos independentemente de interposição legislativa, na forma do artigo 53, I. Com relação à garantia, há três diferentes esquemas protetivos para os direitos sociais - o que se extrai principalmente do artigo 53. Há um primeiro regime, bastante reforçado, que inclui os temas relativos à educação, à liberdade sindical e o direito de greve, os quais são imediatamente aplicáveis, protegidos de revisão constitucional – a qual somente é admissível por maioria qualificada -, contam com a tutela do Defensor del Pueblo e gozam de proteção judicial inclusive pela via de mecanismos especiais de tutela (recurso de amparo).<sup>317</sup> A outros direitos sociais, compreendidos nos artigos 14 a 38, dentre os quais o direito ao trabalho, é conferido um nível intermediário de proteção, sendo dotados de aplicabilidade direta e sindicabilidade judicial. Por fim, com um menos reforçado nível de proteção, há direitos com garantia mínima aos quais não é reconhecida aplicabilidade direta, dentre os quais os princípios orientadores da política social e econômica.<sup>318</sup> Assim, constata-se um nível débil de proteção das previsões sociais da Constituição espanhola, em que boa parte depende de interposição legislativa.<sup>319</sup>

Por fim, refira-se que os estados espanhóis – as “comunidades autônomas” - são dotados de autonomia política e competência para as questões locais<sup>320</sup>. Nos textos constitutivos de alguns dos Estados é acolhido o reconhecimento de um mínimo social<sup>321</sup>, bem como de direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, podendo-se citar os estatutos da Catalunha e Andaluzia,<sup>322</sup> bem como Valencia, Castilla y Leon; contudo, a justiciabilidade é limitada, não sendo reconhecidos como diretamente aplicáveis sem a elaboração legislativa.<sup>323</sup>

<sup>317</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 61.

<sup>318</sup> BLAS LÓPEZ, María Esther. Les droits sociaux en Espagne. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 63 N°2, 2011. p. 275-293, p. 287-291.

<sup>319</sup> GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo; PONTHEOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991, p. 5 e ss, p. 22.

<sup>320</sup> O que levou García Herrera a conceber a noção de “Estado Social autonômico”. GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española. *Revista de Derecho Político*, n. 58-59, p. 277-304, ene. 2003, p. 299 e ss. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8898/8491>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>321</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación. El derecho a um mínimo vital com especial referencia a la Constitution Española de 1978. *Estudios Internacionales*. n. 172, mai-ago 2012, p. 61-85.

<sup>322</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 75.

<sup>323</sup> BLAS LÓPEZ, María Esther. Social rights in Spain. *EUI*, Florence, Law 2010/07, p. 1-12, p. 11-12.

#### d) África do Sul

A Constituição da África do Sul teve sua redação original aprovada em 1996<sup>324</sup>, substituindo a Constituição interina de 1994, em seguida a processo de transição do opressivo regime de *apartheid* para uma democracia constitucional. No curso de sua elaboração travou-se acirrada discussão sobre a inclusão de um catálogo de direitos sociais, que afinal vieram a ser incluídos no texto aprovado.<sup>325</sup>

Trata-se de um texto com intenção transformadora da realidade, buscando a superação das relações sociais e econômicas injustas<sup>326</sup>. No preâmbulo, é mencionado o reconhecimento das injustiças do passado, o sofrimento dos que lutaram por justiça e liberdade e a constituição de uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos fundamentais. Foi inovadora em inserir um catálogo de direitos sociais, fato não usual em Estados que adotam o sistema *common law*.<sup>327</sup>

No artigo 9, proclama o direito à igualdade substancial (artigo 9); veda o trabalho forçado (artigo 13); prevê os direitos relativos ao trabalho, incluindo o direito de greve e liberdade sindical (artigo 23); o meio ambiente (artigo 24); o direito à moradia adequada (artigo 26); compreende a declaração dos direitos à saúde, comida, água e previdência e assistência social (artigo 27); os direitos das crianças (artigo 28); o direito à educação (artigo 29); por fim, a cultura é tratada nos artigos 30 e 31. No artigo 8.2 é mencionada a vinculação horizontal aos direitos do *Bill of Rights*, dependendo da respectiva natureza e conteúdo. O artigo 36 trata do regime e o artigo 38 do *enforcement* dos direitos, sendo aplicáveis a todos os direitos fundamentais sem estabelecer distinção.

A doutrina dá muito destaque à atuação do Tribunal Constitucional, que Reis Novais considera ser provavelmente a experiência mais fecunda e com mais impacto

<sup>324</sup> Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thetext.htm>

<sup>325</sup> DAVIS, Dennis. Socio-economic rights in South Africa: the record of the Constitutional Court after 10 years. *New Zealand Journal of Public and International Law*. vol. 2, n. 1, p. 47-66, Jun. 2004, p. 47-66. Disponível em: <https://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issues/volume-21,-june-2004/davis.pdf>. Acesso em 10 out. 2017.

<sup>326</sup> LIEBEMBERG, Sandra. Needs, rights and transformation: adjudicating social rights. *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper* no. 8, 2005.

<sup>327</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 181.

em matéria de direitos sociais.<sup>328</sup> No curso do tempo, houve uma evolução na jurisprudência do Tribunal Constitucional, dado que as decisões iniciais eram tendentes a uma maior deferência com as opções legislativas em relação aos direitos económicos e sociais, da qual são exemplos os casos *First Certification Judgement* e especialmente o caso *Soobramoney*.<sup>329</sup>

Contudo, houve inversão nessa tendência, especialmente a partir do multicitado caso *Grootboom*,<sup>330</sup> que Sunstein refere ser pioneiro em uma promissora abordagem em relação à proteção judicial dos direitos humanos, buscando uma conciliação tanto das prerrogativas democráticas quanto da limitação dos recursos públicos, mas sem descuidar da proteção aos que tem seus direitos sociais mínimos colocados sob risco.<sup>331</sup> Nesse julgado tratou-se de caso de pessoas que ocupavam ilegalmente área privada a qual seria destinada à construção de moradias sociais. Após ordem de despejo dos ocupantes foi interposta a referida ação com fundamento nos artigos 26 e 28 da Constituição - direito a habitação adequada e direito das crianças a abrigo. Na decisão, houve o reconhecimento da irrazoabilidade do programa nacional de habitação, dado que não havia perspectiva de atendimento em um prazo razoável dos casos urgentes.<sup>332</sup> Em que pese esse reconhecimento ao final a tarefa da elaboração de um programa nacional de habitação foi remetida ao legislador e a execução para a esfera da administração pública.

Destaca-se também o caso *TAC* no qual se discutiu o tema do fornecimento

<sup>328</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 210.

<sup>329</sup> Ver, a respeito, BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 181 e 182; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 210-212, nota 237.

<sup>330</sup> Uma minudente descritiva do caso se encontra em BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 182-183.

<sup>331</sup> SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. John M. Olin Program in Law and Economics. Working Paper no. 124, 2001.

<sup>332</sup> Assim sintetiza Bilchitz os parâmetros de um modelo razoável de proteção dos direitos sociais, estabelecidos pelo Tribunal Constitucional nesse julgado: (a) atribuição de responsabilidades e tarefas a diferentes esferas do governo; (b) garantia de disponibilidade de recursos financeiros e humanos adequados; (c) ser capaz de facilitar a realização do direito; (d) ser razoável em concepção e implementação; (e) ser equilibrado e flexível; (f) atender a crises; (g) resposta às necessidades daqueles que estão nas situações mais urgentes e desesperadas; (h) não exclusão de um segmento significativo da população; (i) equilíbrio das necessidades de curto, médio e longo prazo; (j) não priorização de um programa ideal antes de implementação de um que auxilie os indivíduos; (k) não estabelecimento de discriminações injustas entre as pessoas." BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine. *JCOM*, vol. 12, n. 3, p. 710-739, 2014, p. 726.

de medicamento antirretroviral oferecido por indústria farmacêutica para reduzir o risco de transmissão do vírus HIV da mãe ao nascituro por ocasião do parto. Na regulamentação administrativa a oferta foi limitada a casos piloto; em decorrência houve a propositura de ação na qual ao final o Tribunal entendeu que a opção política adotada não havia sido razoável, deixando de tutelar o direito social à saúde daqueles que ficavam afastados de tal proteção, concluindo que o medicamento deveria ser disponibilizado para acesso a todas as grávidas HIV-positivas.<sup>333</sup>

Como se constata da síntese exposta, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da África do Sul tem-se orientado pelo critério da razoabilidade, exercida com significativa autocontenção.

De um lado há elogios a essa atuação, apontando-se como pontos favoráveis a admissão de debates políticos travados de forma respeitosa ao legislativo e o controle restrito apenas às decisões políticas discriminatórias dos grupos com pouca representação, ou quando refletem pouca deliberação.<sup>334</sup> Katharine Young, que considera que a melhor maneira de compor os direitos sociais é por meio de “Cortes catalíticas” que viabilizem soluções ecléticas mediante ativação da sociedade para participar do processo político, indica como exemplos desse modelo os procedimentos adotados pelo Tribunal Constitucional da África do Sul.<sup>335</sup>

De outro lado identificam-se críticas que consideram que o Tribunal Constitucional poderia ter ido mais adiante na proteção dos direitos sociais em face da Constituição, especialmente se houvesse considerado a adoção do mínimo social como parâmetro de decisão.<sup>336</sup>

Jeff King refere como evidência da pouca eficácia prática das decisões judiciais em matéria de direitos sociais o fato de a autora do caso Grootboom ter falecido precocemente, oito anos depois da decisão, ainda sem casa e em situação de pobreza extrema.<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 218-219; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 183-184.

<sup>334</sup> LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book.

<sup>335</sup> YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University, 2012. E-Book.

<sup>336</sup> Posição defendida por BILCHITZ, David. Are socio-economic rights a form of political rights? *South African Journal on Human Rights*. 31. 86-111, 2015.

<sup>337</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 63.



### e) América Latina

Na América Latina, a partir de meados do século XX, os textos constitucionais editados depois da independência das antigas colônias - seguida muitas vezes de regimes autoritários e ditaduras militares - se atrelavam às alianças liberal-conservadoras, situação que começou a ser revertida depois da Constituição mexicana, que “mudou decisivamente a história do constitucionalismo latino-americano”<sup>338</sup>.

Ainda que pela diversidade de situações não se possa falar em uma linha homogênea em todos os países, havendo alguns que não reconhecem justiciabilidade aos direitos sociais<sup>339</sup>, muitas das *post-colonial constitutions*<sup>340</sup> de países latino-americanos, posteriores aos períodos autoritários, tenderam ao “constitucionalismo social”. Os textos constitucionais mais recentes orientam-se pela crescente incorporação dos direitos sociais, econômicos e laborais, além de dotá-los de mecanismos de proteção mais reforçados e avançadas técnicas de tutela.

Gerardo Pisarello refere como características dessas novas constituições o maior reconhecimento de direitos, com previsões desconhecidas na Europa; tutelam com igual reconhecimento jurídico os direitos civis e políticos e os direitos sociais, culturais e ambientais, conferindo também a estes últimos exigibilidade judicial.<sup>341</sup> Seriam representativas da tendência ao constitucionalismo social a Constituição brasileira de 1988, as constituições da Colômbia (1991) e da Venezuela (1999).<sup>342</sup>

<sup>338</sup> No original: “*decisively changed the history of Latin American constitutionalism*”. GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: Social rights and the “engine room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014, p. 9-18, p. 12.

<sup>339</sup> FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant to Blanch, 2010, p. 18.

<sup>340</sup> Expressão usada por LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal* 53, 2012, p. 190-247, p. 194.

<sup>341</sup> PISARELLO, Gerardo. *Un largo temidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. E-Book. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/22.html>, p. 194-195. A propósito, ngo Sarlet refere haver “possibilidade real” de formação de um “Direito Constitucional comum” latino americano, em função de um certo nível de convergência nas constituições latino-americanas quanto a alguns temas, inclusive os direitos sociais, nas últimas décadas. SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Rev. TST*, Brasília, vol. 75, n. 3, jul-set 2009, p. 1167-117.

<sup>342</sup> Além de, fora da América Latina, a constituição da África do Sul (1996). Conforme PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, p. 33.

Em Cartas mais recentes o constitucionalismo latino-americano tende a uma fase mais orientada para o multiculturalismo e um fortalecimento ainda maior das previsões de direitos sociais.<sup>343</sup>

A Constituição colombiana de 1991, bastante extensa, no artigo 1º definiu a instituição de um Estado Social de Direito. Em suas disposições estabeleceu uma também vasta catalogação de direitos no Título II, dividido em cinco capítulos: direitos fundamentais; direitos sociais, econômicos e culturais; direitos coletivos e do ambiente; instrumentos de proteção e aplicação dos direitos; deveres e obrigações. Previu a proteção dos direitos das gerações futuras, bem como os direitos à proteção ambiental, saúde, moradia, seguridade social, proteção do trabalhador, assim como o direito à educação e a proteção da cultura. O artigo 85 estabeleceu os direitos que teriam aplicabilidade direta, não incluindo a generalidade dos direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>344</sup>

A interpretação da nova Corte Constitucional colombiana, desde uma de suas primeiras decisões, orientou-se no sentido de que a tutela judicial dos direitos sociais poderia ser admitida, devendo ser examinada caso a caso, sendo que direitos que não foram elencados como direitos fundamentais poderiam ser objeto de exame em conexão com direitos fundamentais como o direito à vida e a dignidade humana; nessa linha foi reconhecido com base no princípio do Estado Social do artigo 1º da Constituição e no princípio da dignidade humana, o direito ao mínimo vital aos necessitados e carentes de amparo. Afora as demandas individuais há jurisprudência da Corte Constitucional em tema de direitos sociais que determinou a implantação de medidas estruturais na área da saúde e na área da moradia, com fundamento na doutrina do “estado de coisas inconstitucional”.<sup>345</sup>

Contudo, em que pese esse duplo reforço dos direitos sociais no

---

<sup>343</sup> GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: Social rights and the “engine room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014, p. 9-18, p. 16-18, p. 13-16. O mesmo autor entende que não se pode falar em novo constitucionalismo latino-americano, dado que não houve mudanças substanciais nos sistemas. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales*, año XXV, nº 48, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, primer semestre de 2015, p. 169-172.

<sup>344</sup> Disponível em:  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

<sup>345</sup> LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book.

constitucionalismo na América Latina tanto no aspecto da previsão quanto nos mecanismos de concreção, Roberto Gargarella refere a existência de “dos almas”, consagrando declarações de direitos crescentemente amplas e generosas mas mantendo a herança da organização de poder cerrada e verticalizada;<sup>346</sup> para esse autor, a manutenção das antigas estruturas de poder é a causa da defasagem de efetivação dos direitos sociais que se verifica na região.<sup>347</sup>

Gerardo Pisarello, na mesma linha, aponta um sério déficit de efetivação entre as promessas constitucionais e a realidade vivenciada pelos países latino-americanos; atribui a disparidade entre a previsão normativa constitucional e a realidade social tanto à falta de adequado controle das políticas sociais no âmbito interno quanto à vulnerável situação desses países no contexto econômico mundial<sup>348</sup>.

#### f) Alemanha

A Lei Fundamental de 1949 inseriu pela primeira vez em um texto constitucional<sup>349</sup>, o princípio do Estado Social, desde o artigo 1º e em outras disposições ao longo do texto da Constituição<sup>350</sup>. No artigo 20, I, consta ser a Alemanha um Estado federal, democrático e social. Na forma do artigo 79, III, há a vedação de aprovação de emendas a esta disposição constitucional.

Paradoxalmente, em que pese o pioneirismo na incorporação legislativa dos direitos sociais, na Alemanha, verdadeiro berço do *Welfare State*, a Lei Fundamental não consagrou um catálogo de direitos fundamentais sociais<sup>351</sup>, omissão que não foi

<sup>346</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales*, año XXV, nº 48, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, primer semestre de 2015, p. 169-172, p. 172.

<sup>347</sup> GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: Social rights and the “engine room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014, p. 9-18, p. 16-18.

<sup>348</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, p. 33.

<sup>349</sup> HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>350</sup> Versão da Lei fundamental alemã, traduzida para o português, se encontra disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

<sup>351</sup> Hans-Georg Flickinger, discorrendo sobre o desenvolvimento das políticas sociais da Alemanha, refere que, em uma primeira etapa, sob a concepção de uma ordem social liberal, de Estado policial não interventivo, que se estendeu do início do século XIX até a 1ª Guerra Mundial, e no curso do qual o chanceler Bismarck editou as ‘leis socialistas’ que estipulavam a solidariedade forçada e a assunção dos riscos pela própria sociedade civil, complementada pela atuação caritativa com base religiosa. Em uma segunda fase, a República de Weimar, que instaurou o Estado Social de Direito, na qual se concebeu a transferência de responsabilidade de parte essencial das tarefas sociais ao Estado, a quem cabia intervir na sociedade para

suprida nem mesmo por ocasião da revisão constitucional ocorrida posteriormente à reunificação da Alemanha<sup>352</sup>. Sobre previsões mais específicas de direitos em espécie há apenas alguma disciplina esparsa, como a proteção à família e à maternidade (artigo 6, alíneas 4 e 5).

O art. 28 da Lei Fundamental dispõe sobre a ordem constitucional dos Estados federados (*Länder*), assentando que deve corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito (inciso I). Assim como na Espanha as Constituições de vários Estados federados alemães acolhem direitos sociais,<sup>353</sup> não só em linha de princípios abstratos, mas inclusive sob a forma de regras constituindo direitos subjetivos<sup>354</sup>.

Destaque-se que a Alemanha já contava com um sistema de proteção social desenvolvido sem respaldo constitucional,<sup>355</sup> cuja consolidação é atribuível à

---

redistribuir riquezas; formularam-se direitos sociais fundamentais que valiam como reivindicações materiais para os indivíduos em face do Estado, com a juridificação da questão social que acabou por enfraquecer as ações caritativas. No nacional-socialismo, as políticas sociais foram submetidas aos fins ideológicos do Estado, com fins racistas e elitistas de um estado totalitário. Posteriormente, depois da derrota na 2ª Guerra Mundial, a Alemanha se encontrava em fase de reestruturação e sem base econômica, o que se constituiria na principal razão pela qual não se inseriram na Lei Fundamental os direitos sociais, deixados para futura regulamentação legislativa quando se retomasse prosperidade econômica. FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 47-72. Albrecht Weber aponta como principais causas para a não inclusão dos direitos sociais na Lei Fundamental o caráter de provisoriedade desta ao tempo de sua elaboração, bem como a falta de acordo unânime quanto ao conteúdo e substância dos direitos sociais. WEBER, Albrecht. Les droits sociaux constitutionnels em République Fédérale d'Allemagne. In: GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLUCHE, Dominique. (Org.). *Les droits sociaux fondamentaux*. Entre droits nationaux et droit européen. Bruxelles: Bruylant, 2006. A projetada provisoriedade do texto e a imprevisibilidade da conjuntura sócio-econômica também são apontadas por BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Catarina Botelho detalha as principais teses doutrinárias acerca do tema, sendo de ressaltar que uma multicida causa para a omissão teria sido o efeito negativo do precedente fracasso prático da programaticidade do sistema de proteção social da Constituição de Weimar. Ver: BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 208-214.

<sup>352</sup> BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

<sup>353</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 495-511, p. 502; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 75.

<sup>354</sup> KING, Jeff. Social rights, constitutionalism, and the german social state principle. *e-Pública*. 2014, vol. 1, n. 3, p. 19-40. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S2183-184X2014000300003](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2014000300003).

<sup>355</sup> SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2016, p. 2.

prosperidade econômica do país;<sup>356</sup> assim, a proteção decorrente das políticas sociais acaba por outorgar aos direitos sociais “maior concretização do que alguns sistemas que os consagram constitucionalmente, mas que não acompanham essa catalogação de efetivos mecanismos de efetividade prática e justiciabilidade”<sup>357</sup>.

Por construção jurisprudencial, o princípio do Estado social funciona como parâmetro de interpretação das leis e da própria Constituição.<sup>358</sup> Destaca Albrecht Weber que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão considerou as previsões constitucionais sociais não como meramente programáticas, reconhecendo-lhes como mandatos ao legislador com força derogatória.<sup>359</sup>

Ainda que do princípio social não decorram diretamente direitos subjetivos exercitáveis imediatamente, conforme a interpretação da Corte Constitucional alemã compete ao Estado criar condições mínimas de sobrevivência para os cidadãos, protegendo a dignidade humana.<sup>360</sup> Por fim, é reconhecida eficácia de normas vinculantes a direitos fundamentais sociais, sendo de se destacar decisões em tema de ensino privado e de acesso ao ensino universitário<sup>361</sup>.

#### g) Inglaterra

A Inglaterra também não conta com positivação sistematizada dos direitos sociais, no entanto há uma preocupação social no ordenamento jurídico<sup>362</sup> que se revela desde as precursoras leis dos pobres no medievo, já referidas, passando pelo

<sup>356</sup> BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

<sup>357</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 166.

<sup>358</sup> LÜBBE-WOLFF, Gertrude. O princípio do estado social na jurisprudência do tribunal constitucional alemão. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 1-15, p. 7-9. Ver também KING, Jeff. Social rights, constitutionalism, and the german social state principle. *e-Pública* [online]. 2014, vol. 1, n. 3, pp.19-40. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S2183-184X2014000300003](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2014000300003).

<sup>359</sup> WEBER, Albrecht. Les droits sociaux constitutionnels em République Fédérale d'Allemagne. In: GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLUCHE, Dominique. (Org.). *Les droits sociaux fondamentaux*. Entre droits nationaux et droit européen. Bruxelles: Bruylant, 2006.

<sup>360</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 216-217.

<sup>361</sup> BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

<sup>362</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 200.

plano Beveridge, até os grandes programas sociais mantidos atualmente<sup>363</sup>.

A tradição na Inglaterra é de pouca intervenção judicial na área, reconhecendo os tribunais ampla margem de discricção às autoridades públicas no campo socioeconômico e sendo consideradas como infensas ao controle judicial as questões de alocação de recursos.<sup>364</sup>

Destaque-se que um grande número de casos resolve-se nas instâncias administrativas; nesse contexto desempenham também um papel bastante importante os *Ombudsmen*, instância na qual são solucionadas muitas das demandas relativas aos direitos sociais.<sup>365</sup>

#### h) Estados Unidos da América

A Constituição norte-americana, ainda que no seu preâmbulo inclua referência à promoção do bem-estar social pela fórmula “*promote the general welfare*”, não encerra um catálogo de direitos sociais.

Cass Sunstein, examinando as causas do *american exceptionalism*, ou seja, da não inclusão dos direitos sociais na Constituição norte-americana, situa os principais argumentos a respeito em quatro principais linhas – cronológica, institucional, cultural e realista.<sup>366</sup> Diz que a omissão não pode ser atribuída ao critério cronológico, dado que ainda que na época da promulgação da Constituição os direitos econômicos, sociais e culturais não fossem objeto de preocupação dos textos em geral, a Constituição norte-americana foi atualizada em outros temas, pela via de emendas e também pela interpretação, mas tal não ocorreu em relação aos direitos sociais. Por outro lado, o critério institucional, no sentido da concepção pragmática de que somente seriam garantias constitucionais aquelas que possam ser justiciáveis, igualmente não se aplica, dado que é admitida a sindicabilidade judicial dos direitos

<sup>363</sup> Refira-se, a título de exemplo, relativamente à habitação, o *Housing Act* (1996) e o *Homelessness Act* (2002). Conforme KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 45.

<sup>364</sup> O’CINNEIDE, Colm. Austerity and the faded dream of a ‘social Europe’. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>365</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 49-52.

<sup>366</sup> Ver também, a respeito do tema, MICHELMAN, Frank I. Socioeconomic rights in constitutional law: Explaining America away. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 3-4, p. 663-686, Jul. 2008, no qual o autor discorre sobre a realidade constitucional, a fundamentação moral dos direitos sociais e especialmente sobre o problema do *judicial review* em sede de direitos sociais.

sociais em alguns casos. Quanto à justificativa cultural, o fato de o ideário socialista historicamente ser objeto de rejeição nos EUA, refere que também é falho, dado que as experiências demonstram que as sociais democracias convivem com a economia de mercado. Sugere a que a causa mais provável para o “american exceptionalism” seja a justificativa realista, sendo atribuível a permanência da omissão à orientação eminentemente conservadora da Suprema Corte norte-americana<sup>367</sup>.

O tema é tratado no âmbito da legislação infraconstitucional federal, que contempla direitos sociais, dentre outros a proteção dos idosos, deficientes e das famílias com crianças. Além disso, assim como na Alemanha e na Espanha, em muitos dos Estados federados as respectivas constituições e leis, bem como a correspondente jurisprudência, explicitamente incorporam e reconhecem direitos sociais.<sup>368</sup>

Acresça-se que no curso do tempo o desenvolvimento da jurisprudência constitucional, especialmente a partir de 1960, tendeu a algum reconhecimento de direitos sociais com base na 14<sup>a</sup> emenda,<sup>369</sup> de forma paradoxal, em descompasso ao silêncio constitucional em alguns casos a atuação das cortes judiciais americanas pode mesmo ser considerada bastante intervencionista,<sup>370</sup> especialmente em decisões mais recentes relativas à proteção dos direitos sociais em tempos de crise.<sup>371</sup>

<sup>367</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 36 (2003). Também em SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

<sup>368</sup> DICK, Howard A. E. Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain. *Revue française de science politique*, 40<sup>e</sup> année, n°2, 1990, p. 173-191.

<sup>369</sup> FABRE, Cécile. *Social rights under the Constitution: Government and the decent life*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 153.

<sup>370</sup> Jeff King considera como demonstrativos dessa tendência protetiva dos direitos sociais, dentre outros, os julgados relativos à proteção da igualdade no sistema de educação, ao devido processo administrativo de concessão de benefícios e à assistência médica nos estabelecimentos prisionais. KING, Jeff. Two ironies about american exceptionalism over social rights. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, p. 572–602. Disponível na internet: <https://doi.org/10.1093/icon/mou049>. Acesso em 20. nov. 2017.

<sup>371</sup> Hershkoff e Loffredo, a partir do estudo de alguns casos julgados no período da crise, destacam sinais de viragem na atuação judicial dos juizes americanos, conquanto que de forma frágil, garantindo a efetividade dos direitos sociais, impedindo medidas legislativas que não atendam aos compromissos sociais. Concluem que “at such a moment, judicial enforcement of socio economic rights not only secures the broad countercyclical benefits of such rights, but also ensures the political and policy discourse, which otherwise might focus exclusively in austerity, takes account of fundamental democratic values and preservation of human dignity. The US state court experience reflects an essencial, yet fragile and contingent, judicial commitment to this critical endeavour”. Em livre tradução: “neste momento, a aplicação judicial dos direitos socioeconômicos não só assegura os amplos benefícios anticíclicos de tais direitos, mas também garante que os programas e o discurso políticos, que de outra forma poderiam se concentrar exclusivamente na austeridade, levem em conta os valores democráticos

Concluindo este t3pico, refira-se que o crescimento significativo da constitucionaliza33o dos direitos sociais leva parte da doutrina a concluir que j3a estaria encerrado o debate sobre se 3e caso de constitucionaliza33o, a quest3o estaria em saber como deve ser feita.<sup>372</sup> Contudo, as importantes exce33oes 3a regra conduzem a um temperamento, pois h3a pa3ses nos quais um n3vel adequado de prote33o dos direitos sociais tem base apenas na legisla33o e nas praxes administrativas.

Fixada a exist3ncia de diferentes modelos de prote33o dos direitos sociais, econ3micos e culturais, em prosseguimento, no pr3ximo cap3tulo busca-se desenvolver um exame mais aprofundado da prote33o dos direitos sociais no Brasil e em Portugal, o que se far3 em um ensaio comparativo dos respectivos regimes de prote33o, a partir dos textos constitucionais e da interpreta33o doutrin3ria.

---

fundamentais e a preserva33o da dignidade humana". HERSHKOFF, Helen; LOFFREDDO, Stephen. Tough times and weak review: the 2008 economic meltdown and enforcement of socio-economic rights in US state courts. In NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>372</sup> LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal* 53, 2012, p. 190-247, p. 193.



## CAPÍTULO II

### A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL

*A liberdade – para ser a de todos e não apenas de alguns, e para traduzir a dimensão comunitária do homem – exige direitos econômicos, sociais e culturais.*

Jorge Miranda<sup>373</sup>

*Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados.*

Ulysses Guimarães<sup>374</sup>

Hoje em dia, mais do que nunca, a comparação dos sistemas e das culturas jurídicas se faz necessária.<sup>375</sup> Vivemos tempos de interpenetração jamais vista entre sistemas jurídicos: os tribunais e os juízes de forma crescente necessitam aplicar e interpretar direito internacional, tratados e acordos; surgem cada vez mais decisões judiciais que indicam como fundamentos doutrina e jurisprudência estrangeira e de tribunais internacionais; estruturam-se formas de cooperação judicial, enfim, gradualmente se esvanecem as fronteiras jurídicas, abrindo-se espaços de articulação entre sistemas e ordenamentos jurídicos diferentes.<sup>376</sup> Fala-se em comunidade global, em transnacionalização, em cosmopolitização do direito, em migração de ideias constitucionais, em transconstitucionalismo, em diálogo judicial.<sup>377</sup>

<sup>373</sup> Jorge Miranda, por ocasião dos trabalhos da assembléia constituinte em Portugal. Apud BOTELHO, Catarina. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 29.

<sup>374</sup> Discurso de Ulysses Guimaraes por ocasião da promulgação da Constituição de 1988. GUIMARAES, Ulysses. Discurso proferido por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html). Acesso em 25 ago. 2017.

<sup>375</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980, p. 15, p. 17.

<sup>376</sup> Dentre outros: SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review* 99 (1994). Disponível em <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>. Acesso em 01 out. 2016; \_\_\_\_\_. *Judicial globalization*. *Virginia Journal of International Law* 1103 (2000). Disponível em <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf> Acesso em 01 out 2016; ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

<sup>377</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A 'mentalidade alargada' da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do Direito (Marco Polo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão

Como bem refere Catarina Botelho, atualmente a interpretação e a aplicação de normas constitucionais podem se enriquecer dispondo de exemplos e experiências comparadas de outros países, aos quais são submetidos problemas muito semelhantes aos nacionais.<sup>378</sup>

O método comparado constitui tanto um procedimento para conhecermos as instituições de outros sistemas e culturas quanto para apreciação das peculiaridades das nossas instituições, em comparação com outros países; as características particulares dos sistemas muito mais se evidenciam com a comparação com outros;<sup>379</sup> o direito comparado permite assim tanto aos legisladores, como à doutrina e à jurisprudência conhecer melhor e aperfeiçoar o direito nacional, bem como promover a cooperação internacional.<sup>380</sup>

O que se buscou ao elaborar esta pesquisa foi realizar um diálogo de culturas, no sentido posto por Garapon e Papadopoulos, compreendendo a cultura não como um determinante, mas como uma “tela de fundo conceitual” sobre a qual “os debates passam a ter sentido”.<sup>381</sup>

É importante na comparação atentar para “o quadro no qual são ordenadas as regras, é a significação dos termos que elas utilizam, são os métodos usados para fixar o seu sentido e para as harmonizar entre si”.<sup>382</sup> E, considerando que não é

---

nas árvores). *BFD - Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 83, v. LXXXIII, p. 347-382, Out. 2008; SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. 2003 44 *Harvard International Law Review* 191, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-22; SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

<sup>378</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Lost in translations – A crescente importância do Direito Constitucional Comparado. In: \_\_\_\_\_. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, p. 49-101.

<sup>379</sup> LIMA, Roberto Kant de. Prefácio à edição brasileira. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução Regina Vasconcelos. Rio: Lumen Juris, 2008, p. viii.

<sup>380</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-9.

<sup>381</sup> GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução Regina Vasconcelos. Rio: Lumen Juris, 2008, p. 10. Os autores chegam a essa conclusão depois de destacarem a dificuldade de apreender o sentido de uma cultura jurídica “A cultura fascina na medida em que nos escapa. Procuramos captá-la? Ela foge. Defini-la? Ela se mostra rebelde a todo aprisionamento em um conceito. Procuramos quantificá-la? Ela se dissipa sob os algarismos. Não seria, aliás, a imprecisão que nos cativa nesta ideia que exprime mais intuições que conceitos, mais hipóteses que certezas? Talvez seja o que impulsiona algumas pessoas a buscar a pedra filosofal, a diferença, a marca original que explicaria todos os traços. A cultura imprime em cada um de seus membros uma marca fundamental, que continua a marcá-lo mesmo quando já não é percebida. É por isso que, na realidade do direito, ela parece corresponder tão somente a um imaginário”. *Op. cit.*, p. 5 e 6.

<sup>382</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21.

suficiente estudar os institutos jurídicos e a metodologia sem os necessários enquadramentos histórico-políticos,<sup>383</sup> buscou-se na pesquisa uma compreensão não redutora do fenômeno jurídico, especialmente porque a cultura jurídica compreende não só os textos da lei e sim, como bem referem Garapon e Papadopoulos, abrange todo um conjunto de “atitudes, crenças, raciocínios, percepções, valores mais ou menos explícitos, comuns a um grupo de profissionais do Direito. (...) É interessante comparar, por exemplo, o que cada cultura torna opaco ou transparente, o que ela escolhe formular e o que ela conserva implícito”.<sup>384</sup>

No exercício desta “arte da aproximação”<sup>385</sup> e sob o ponto de vista de observador oriundo de outra cultura, naturalmente limitado, tentou-se manter vigilância para evitar as más compreensões, não só da língua, a “última flor do Lácio, inculca e bela”<sup>386</sup>, que apesar de ser aparentemente a mesma, é “pátria de várias pátrias”<sup>387</sup>, tão diversa e com tão plurais significados, mas também da linguagem jurídica<sup>388</sup> e, especialmente, da cultura diferente. Como advertem Garapon e Papadopoulos, o que devemos hoje temer não são tanto as diferenças entre os sistemas, e sim os mal-entendidos entre as culturas – “acreditamo-nos parecidos, mas somos diferentes; pensamos que as mesmas coisas estão por trás das palavras (...) sem compreender que elas procedem de representações coletivas muito diferentes”.<sup>389</sup>

A opção por realizar a pesquisa no sistema português ocorreu sem

<sup>383</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011,

<sup>384</sup> GARAPON, Antoine e PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

<sup>385</sup> Expressão que se empresta de ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980, p. 51.

<sup>386</sup> Referência retirada do primeiro verso do poema de Olavo Bilac, Língua Portuguesa, do livro *Tarde*, publicado postumamente em 1919. BILAC, Olavo. *Tarde*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br> Acesso em 10. ago. 2017.

<sup>387</sup> Nas palavras de Manuel Alegre: “A língua é a mesma. Mas não é a mesma. É una. Mas é diversa. Tanto mais ela quanto mais diferente. Tanto mais pura quanto mais impura. Tanto mais rica quanto mais mestiça”. ALEGRE, Manuel. *A arte de marear*. Ensaios. Lisboa: Dom Quixote, 2002, p. 52.

<sup>388</sup> A qual, muito mais que a redução às enunciações dos textos legais, compreende uma pluralidade de fontes que se estende, dentre outras dimensões, às práticas políticas, ao saber dos agentes e às funções da lei na sociedade. Ver a respeito, a complexa e pioneira obra de WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1984.

<sup>389</sup> GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Tradução Regina Vasconcelos. Rio: Lumen Juris, 2008, p. 1-2.

sobressaltos, pela semelhança entre os dois sistemas, ambos descendentes da família romano-germânica, a qual se desenvolveu a partir do direito romano, se estendeu à Europa e se espalhou especialmente - mas não só - em virtude da colonização.<sup>390</sup>

Entre o constitucionalismo brasileiro e o português há recíprocas influências, podendo-se dizer que o modelo brasileiro está ligado “desde o berço” ao português.<sup>391</sup> Nas palavras de Pontes de Miranda,

O direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, gente de rija têmpera, no altivo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente.<sup>392</sup>

Em ambos os países, o constitucionalismo surgiu na mesma época e em virtude do mesmo fato histórico, a Revolução do Porto de 1820, considerando Jorge Miranda que na época da vigência no Brasil da Constituição de 1824, de idêntica matriz à Constituição portuguesa de 1826,<sup>393</sup> poder-se ia falar em uma “família”, ou

<sup>390</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 24.

<sup>391</sup> Conforme Paulo Bonavides, que traça um interessante esboço histórico das inferências dos textos brasileiros nas constituições portuguesas, e vice-versa, em BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, RJ, v. 12, n. 12, p. 13-42, jul./dez. 1997. Ver também CAMARGO, Maria Auxiliadora de Castro. A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a influência recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 12, p. 7257-7317. Rui Medeiros, por seu turno, identifica um constitucionalismo de matriz lusófona nos países de língua portuguesa, reconhecendo a peculiaridade das influências recíprocas entre Brasil e Portugal, especialmente nos novos textos constitucionais de ambos os países. Conforme MEDEIROS, Rui. *Constitucionalismo de matriz lusófona, realidade e projeto*. Lisboa: Verbo, 2011. Catarina Botelho refere a influência de textos brasileiros nas Constituições portuguesas de 1826 e 1838, sendo que um outro momento em que se configurou a influência recíproca foi por ocasião da elaboração da Constituição Portuguesa de 1911, a qual foi influenciada pela Constituição Brasileira de 1891, dentre outros aspectos, na cláusula aberta de direitos fundamentais, na equiparação de direitos entre portugueses e estrangeiros, na fórmula do controle de constitucionalidade e na instituição do *habeas corpus*. Conforme BOTELHO, Catarina Santos. A história faz a Constituição ou a Constituição faz a história? Reflexões sobre a história constitucional portuguesa. *RIDB*, 2 (1), 2013, p. 229-247, p. 237.

<sup>392</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

<sup>393</sup> Uma proposta de texto base para ambas as Constituições esteve a cargo de cortes constituintes em Portugal, no Brasil e nos territórios portugueses da África e da Ásia; a fonte direta foi a Constituição Espanhola de 1812, a Constituição de Cádiz. A respeito, ver MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001, p. 9 e ss. No Anexo a esta obra, consta cópia do texto da Constituição brasileira, na qual foram manualmente apostas por D. Pedro e seu auxiliar anotações para que o texto fosse convertido na Constituição portuguesa.

“subfamília” constitucional luso-brasileira.<sup>394</sup> Essa origem compartilhada marcou em alguma medida os textos constitucionais posteriores,<sup>395</sup> ainda que considerados os distintos desenvolvimentos e peculiaridades de cada país.<sup>396</sup>

Além disso, as Constituições atuais dos dois países têm muitas semelhanças no que toca à matéria objeto de estudo, constando em ambos os textos vasta e minudente catalogação de direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais.

Tomando-se em conta nesta parte que em um estudo comparativo a solução não deve ser buscada só no texto da Constituição ou da lei, mas sim nos seus contextos<sup>397</sup>, buscou-se examinar a doutrina e a jurisprudência constitucional dos dois países, de forma a identificar como se desenvolve nos dois sistemas a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Assim, neste capítulo será feita uma análise de como acontece a inserção e como se dá o tratamento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos sistemas jurídicos brasileiro e português, à luz dos respectivos textos constitucionais.

A abordagem será dividida em dois tópicos, sendo que no primeiro será investigada a forma como se deu a afirmação dos direitos sociais pelo constituinte brasileiro e português. Depois de uma exposição descritiva geral das respectivas disposições constitucionais na parte que interessa ao presente trabalho, em um exercício de comparação, buscar-se-á definir o regime e a força jurídica dos direitos sociais. Indagar-se-á se os dois países adotam o princípio social, como se dá a estruturação dos direitos sociais, como se delineiam os respectivos regimes, nos seus elementos essenciais, buscando identificar suas simetrias e assimetrias. Será dada

---

<sup>394</sup> MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, 2001, p. 10-11.

<sup>395</sup> Wladimir Brito chega a propor um *standard minimum* lusófono de direitos sociais, que consistiria em um “regime jurídico comum mínimo aplicável ao núcleo básico essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais que permita o acesso imediato a esses direitos, nomeadamente em situação de grande carência e de grave crise pessoal, regime que não poderá obviamente esquecer as diferenças de desenvolvimento econômico e os recursos disponíveis em cada país e em cada concreto momento histórico”. BRITO, Wladimir. Que direitos sociais? Um *standard minimum* lusófono de direitos sociais? In: BRITO, Wladimir et al., *Estatuto jurídico da lusofonia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 126.

<sup>396</sup> CAMARGO, Maria Auxiliadora de Castro. A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a influência recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 12, p.7257-7317, p. 7258-7260.

<sup>397</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980, p. 112.

especial atenção ao tema das garantias dos direitos.<sup>398</sup>

Na segunda parte, o desenvolvimento será destinado a delimitar a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais nos dois sistemas, investigando-se as suas formas de tutela e a distribuição de competências, destacando-se as questões da responsabilidade dos diferentes poderes do Estado e da justiciabilidade dos direitos sociais.

## 2.1 A ESTRUTURAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E PORTUGUESA

Especificamente em relação à adoção e ao desenvolvimento do princípio social no Brasil e em Portugal, constata-se um desenvolvimento semelhante, podendo-se identificar o embrião de um constitucionalismo social nos textos constitucionais no início do século XX e mais propriamente a partir da década de 30.

Em Portugal, a Constituição de 1911<sup>399</sup> reconhecia o direito à assistência pública (art. 3º, 29º), sendo que nessa época começou a ocorrer a intervenção do Estado no social<sup>400</sup>, com a criação do Ministério do Trabalho e da Previdência em 1916 e do Instituto da Segurança Social em 1919, tendo havido também a instituição de seguros sociais obrigatórios<sup>401</sup>.

<sup>398</sup> A respeito da noção de garantias constitucionais, no Brasil, é clássica a lição de Ruy Barbosa, referindo que, ainda que não se encontre no texto constitucional a definição do que sejam as garantias, "(...) a aceção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito". BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. IV Vol. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 181. Em Portugal, Jorge Miranda traz semelhante definição: "Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, em *direitos propriamente ditos* ou direitos e liberdades, por um lado, e *garantias*, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e indiretamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*". MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 94, grifos no original.

<sup>399</sup> Texto integral disponível em <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1911.pdf>.

<sup>400</sup> Ver, a respeito da evolução do Estado social em Portugal, HALPERN, Miriam Pereira. *Do Estado liberal ao Estado-providência: um século em Portugal*. Bauru: EDUSC, 2012, no qual a autora traça a evolução das políticas sociais em Portugal, desde o período monárquico até a emergência da questão social no final do século XIX e a criação do sistema de seguros obrigatórios.

<sup>401</sup> SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos

A Constituição portuguesa de 1933<sup>402</sup>, ainda que não declarasse expressamente a gênese de um Estado Social, estipulava ser dever do Estado zelar pela melhoria das condições sociais das classes menos favorecidas, “obstando a que desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente”. Não consignava os direitos sociais em um rol concertado, mas ao longo do texto acolhia disposições relativas a estes, dentre as quais o reconhecimento, promoção e auxílio às corporações de assistência, beneficência e caridade (artigos 14 e 15) e a garantia de proteção e pensões para as famílias dos militares que ficassem inválidos ou pusessem em defesa da Pátria (artigo 58). O sistema de proteção veio a ser reforçado<sup>403</sup> pela revisão constitucional de 1951, a qual consagrou, dentre outros, o direito à proteção da saúde (art. 6, nº 4), e o direito ao trabalho (art. 8, nº 1 A).<sup>404</sup>

No Brasil, a Constituição de 1934<sup>405</sup>, já referida anteriormente neste trabalho, desde seu preâmbulo mencionava a organização de um regime que assegurasse “a justiça e o bem-estar social e econômico”, sendo que no artigo 115 que abria o capítulo referente à ordem econômica e social previa a organização da sociedade “conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”, e, ao longo do texto abrigava disposições relativas à proteção do trabalho, previdência e assistência social.

Contudo, ainda que se possam identificar nessas experiências e nas revisões e constituições que lhe seguiram traços de Estados Sociais, tanto no Brasil como em Portugal foram as Cartas atualmente vigentes que pela primeira vez colocaram os direitos sociais como direitos fundamentais, estabelecendo ambas um extenso catálogo de direitos fundamentais sociais.

Inclusive, atribui-se grande influência do texto português no processo constituinte brasileiro<sup>406</sup>, sendo frequentemente referido nas discussões da

---

Santos, 2016.

<sup>402</sup> Texto integral disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>.

<sup>403</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 102.

<sup>404</sup> Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/Lei2048.pdf>

<sup>405</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)

<sup>406</sup> Para Souza Neto e Sarmento, as “maiores influências externas” na CRFB foram as Constituições de Portugal e da Espanha, países que haviam passado alguns anos por processos de redemocratização e se reorganizado em bases democráticas com priorização dos direitos fundamentais e forte teor social. SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170.

assembleia constituinte e inspirando a estrutura e a redação de vários dispositivos, inclusive relativos aos direitos sociais e à ordem social,<sup>407</sup> e muito marcadamente na previsão do instituto da inconstitucionalidade por omissão.<sup>408</sup>

No prosseguimento deste tópico, traça-se um apanhado sobre o tratamento constitucional dos direitos sociais nos dois textos. Para facilitar a estruturação da exposição, inicia-se por uma exposição descritiva das disposições constitucionais de ambos os textos, na forma de recorte dos temas que concernem ao presente trabalho; intenta-se destacar os tópicos mais importantes no que toca ao regime dos direitos econômicos, sociais e culturais, desde o arrolamento às suas garantias, quanto à aplicabilidade, aos limites de restrições aos direitos e de revisão constitucional, bem como às formas e mecanismos de tutela.

### **2.1.1 A constituição da socialidade: os direitos sociais na Constituição da República Portuguesa**

A Constituição de 1976, elaborada em um período pós-revolucionário por uma assembleia constituinte especialmente eleita, encerrou um projeto transformador da sociedade<sup>409</sup>, buscando uma convergência entre os diferentes projetos políticos e sociais.

Jorge Miranda refere que a fonte de inspiração da Constituição de 1976 no que toca às previsões relativas aos direitos fundamentais foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, concluindo que “poucas Constituições darão tão grande relevo e impulso aos direitos fundamentais como a Constituição portuguesa”.<sup>410</sup> Especificamente no que se refere aos direitos fundamentais sociais, Catarina Botelho considera significativo o fato de que no processo político que deu origem à Constituição todos os projetos constituintes de todos os partidos na Assembleia

<sup>407</sup> Ver a respeito CAMARGO, Maria Auxiliadora de Castro. A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a influência recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1 (2012), nº 12, p. 7257-7317.

<sup>408</sup> BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, RJ, v. 12, n. 12, p. 13-42, jul./dez. 1997, p. 31-32.

<sup>409</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 26-29.

<sup>410</sup> MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro (199): p. 01-20, jan./mar. 1995, p. 7.



Constitucional contivessem previsão de direitos sociais, configurando-se uma “sensibilidade constitucional” tendente à catalogação desses direitos.<sup>411</sup>

O resultado é que o texto constitucional de 1976, em relação aos direitos econômicos sociais e culturais, encerra um bastante ambicioso programa normativo<sup>412</sup> desde o seu preâmbulo, no qual consta a decisão do povo português de “garantir os direitos fundamentais dos cidadãos”, instituir uma “sociedade socialista”<sup>413</sup> e de buscar a “construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”.

O texto final consolidou como princípios do Estado português a realização da democracia econômica, social e cultural<sup>414</sup>, bem como a dignidade da pessoa humana e o empenho na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>415</sup> Mediante consagração formal não só do princípio social como também da democracia,

<sup>411</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 255.

<sup>412</sup> MEDEIROS, Rui. *Constitucionalismo de matriz lusófona, realidade e projeto*. Lisboa: Verbo, 2011, p. 36. Na mesma linha, Carlos Herrera, para quem a CRP é a mais ambiciosa das Constituições europeias em matéria de direitos sociais. HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book

<sup>413</sup> No texto original da Constituição, além da referência à “sociedade socialista”, havia menção a “sociedade sem classes”, “transição para o socialismo”, “processo revolucionário”; previa a reforma agrária, a expropriação de latifúndios sem indenização, expressões e previsões que refletiam o espírito do tempo e as correntes ideológicas que influíram na elaboração constituinte. Contudo, tais previsões e expressões posteriormente excluídas nas Reformas constitucionais de 1982 e 1989. Conforme BOTELHO, Catarina Santos. *A história faz a Constituição ou a Constituição faz a história? Reflexões sobre a história constitucional portuguesa*. *RIDB*, 2 (1), 2013, p. 229-247. A respeito do preâmbulo da CRP, Manuel Afonso Vaz entende que “tem um sabor histórico marcado, retrata uma situação política datada e é um texto romântico”. VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2. ed. Porto: Universidade Católica, 2015, p. 119. Por seu turno, Jorge Miranda entende que a referência mencionada ou é compreendida como significando o mesmo que uma ‘sociedade livre, justa e solidária’, ou deixou de possuir alcance prático, sendo exemplo de caducidade e revisão indireta da norma constitucional. MIRANDA, Jorge. *Caducidade de normas constitucionais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MIRANDA, Jorge. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: interface Portugal/Brasil*. Brasília: IDP, 2014, p. 85-99, p. 96-97. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal>. Catarina Botelho entende que também a referência a ‘sociedade socialista’ deveria ser excluída do texto constitucional, por afeita a uma ideologia política determinada, incompatível com o pluralismo democrático dos tempos atuais. BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 169.

<sup>414</sup> “Artigo 2.º

Estado de direito democrático

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

<sup>415</sup> “Artigo 1.º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

instaurando-se uma versão portuguesa do Estado Social,<sup>416</sup> ainda que não tenha sido assim nominalmente expresso<sup>417</sup>.

O legislador constituinte português deu prioridade no texto à catalogação dos direitos fundamentais, estabelecendo princípios gerais comuns e extensa regulamentação. Não se limitou a meramente enumerar os direitos, preocupou-se também em estipular garantias e condições práticas de concretização; o rol de direitos também foi ampliado<sup>418</sup>.

Por seu turno, o artigo 16<sup>o</sup>, nº 2, da CRP recepcionou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais e legais devem ser interpretados em harmonia com a DUDH<sup>419</sup>.

No curso de sua vigência, as disposições relativas aos direitos sociais foram alteradas e ampliadas em virtude de revisões constitucionais,<sup>420</sup> em número de sete desde a sua promulgação. Na redação atual, os direitos fundamentais estão consagrados em dois títulos sucessivos: o título II compreende os “Direitos, liberdades e garantias”, englobando um capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias pessoais, um outro capítulo para os direitos, liberdades e garantias de participação política e um terceiro para os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores<sup>421</sup>. No Título III estão elencados os “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”,

<sup>416</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 86-87.

<sup>417</sup> MOREIRA, Isabel. A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36.

<sup>418</sup> MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos direitos do Homem pela Constituição Portuguesa - Um fenómeno de conjugação de direito internacional e direito Constitucional. *RDA*, v. 199, Rio de Janeiro, p. 1-20, jan./mar. 1995, p. 7.

<sup>419</sup> “Artigo 16.º  
Âmbito e sentido dos direitos fundamentais  
[...]

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

<sup>420</sup> Sobre o histórico das revisões constitucionais, no que toca às disposições relativas aos direitos sociais, ver MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 58-62.

<sup>421</sup> Cabe aqui um esclarecimento: o texto constitucional português, de forma diferente do texto brasileiro, separa as ‘liberdades sociais’ relativas ao trabalho, direito de greve, liberdade sindical (incluídos nos direitos, garantias e liberdades), dos direitos ao trabalho, ao salário/retribuição pelo trabalho, às condições de trabalho, etc, estes incluídos no capítulo relativo aos direitos sociais. A propósito, comentando o trato dado ao direito de greve nos textos constitucionais de Portugal e no Brasil, Jorge Novais sinala tal distinção de tratamento como denotativa da artificialidade da construção das classificações dos direitos fundamentais. Em NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 266.

contendo um capítulo para os direitos e deveres econômicos que vai do artigo 58 ao artigo 62, compreendendo o direito ao trabalho, à retribuição pelo trabalho, às condições de trabalho, à livre iniciativa econômica e à propriedade privada; a seguir ainda dentro do mesmo título o capítulo referente aos direitos e deveres sociais, do artigo 63 ao artigo 72, abrangendo questões de segurança social previdenciária, prestações assistenciais de solidariedade social, saúde, habitação, ambiente, qualidade de vida proteção à família, infância e juventude, idade avançada e portadores de deficiência; o terceiro capítulo, dos artigos 73 a 79, refere-se ao ensino, cultura e desporto.

Com relação ao regime adotado há disposições que se aplicam a todos os direitos fundamentais com as quais coexistem previsões diferenciadas que estabelecem um regime específico e mais protetivo reservado aos direitos civis e políticos. A CRP consagrou disposição específica sobre a força jurídica dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias. No artigo 18 estabeleceu a sua aplicabilidade direta e vinculatividade em relação às entidades públicas e privadas, bem como estabeleceu limites à restrição legislativa.<sup>422</sup>

Por disposição expressa no artigo 17 da CRP esse regime de proteção diferenciada é estendido também aos direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.<sup>423</sup>

No artigo 19 da CRP é vedada a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de exceção; ainda assim, ressalva alguns direitos que devem ser respeitados incondicionalmente, não podendo ser afetados em nenhuma hipótese.<sup>424</sup>

422

“Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

423

“Artigo 17.º

Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.”

424

“Artigo 19.º

Suspensão do exercício de direitos

1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência,

Sobre os limites materiais ao poder de revisão constitucional – que a doutrina brasileira denomina ‘cláusulas pétreas’-, estão previstos no artigo 288 da CRP. Especificamente em relação aos direitos fundamentais as alíneas ‘d’ e ‘e’ desse dispositivo estabelecem como imunes a reformas constitucionais os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; também são referidos expressamente alguns direitos de vertente social, quais sejam os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais.<sup>425</sup> Não há extensão da abrangência da cláusula à generalidade dos direitos sociais, económicos e culturais.

O artigo 16, nº 1, da CRP encerra uma cláusula de abertura do rol de direito fundamentais aos direitos fora do catálogo constitucional, abrangendo também os direitos previstos em lei e em instrumentos de direito internacional.

O tema da integração ao sistema jurídico interno dos instrumentos internacionais é tratado no art. 8º da CRP<sup>426</sup>, que dispõe sobre a recepção das normas e princípios de direito internacional como parte integrante do direito nacional; no caso de convenções ratificadas ou aprovadas a vigência se dá após a publicação, havendo

---

declarados na forma prevista na Constituição.

[...]

6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.”

7. “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares.”

<sup>425</sup> “Artigo 288.º

Limites materiais da revisão

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

[...]

d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;”

<sup>426</sup> “Artigo 8.º

Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”

vinculatividade direta das normas das organizações internacionais de que Portugal seja parte, quando assim estabelecerem.<sup>427</sup>

No que toca à competência legislativa a CRP estabeleceu a reserva de competência legislativa absoluta do Parlamento sobre, dentre outros temas, as bases do sistema de ensino, assim como a elaboração e organização dos orçamentos do Estado (164, 'i' e 'r'). Há reserva de lei relativa, admitindo-se autorização legislativa ao Governo, dentre outras, sobre as matérias relativas aos direitos, liberdades e garantias; as bases do sistema de segurança social, do serviço nacional de saúde e de proteção da natureza, do equilíbrio ecológico e do património cultural; a criação de impostos e o regime dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 165, I, b, f, g, m).

Quanto à tutela dos direitos fundamentais sociais a CRP garante o direito de petição perante a administração pública e aos órgãos legislativos, apresentando petições, representações, reclamações ou queixas para defesa de seus próprios direitos ou de questões de interesse público.<sup>428</sup> As queixas e reclamações também podem ser dirigidas ao Provedor de Justiça, órgão da Administração Pública semelhante à figura do *ombudsman*.<sup>429</sup>

<sup>427</sup> “Artigo 16.º

Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

<sup>428</sup> “Artigo 52.º

Direito de petição e direito de acção popular

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

<sup>429</sup> “Artigo 23.º

Provedor de Justiça

1. Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.

3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela

Quanto à tutela judicial a CRP no artigo 20 prevê o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, que compreende o direito de acesso aos tribunais, direito à informação e consulta, ao patrocínio judiciário e à assistência de advogado, ao segredo de justiça conforme a lei determinar, bem como a obter uma decisão em prazo razoável. Por fim, no nº 5 do mesmo artigo estabelece o direito a mecanismos de tutela efetiva, dotados de celeridade e prioridade, direcionada à proteção contra as ameaças ou violações a direitos, liberdades e garantias pessoais.<sup>430</sup>

Ainda no âmbito das garantias judiciais a CRP prevê uma ação de inconstitucionalidade por omissão, conferindo legitimidade a alguns órgãos para a propositura de ação perante o Tribunal Constitucional, fundamentada na omissão das medidas legislativas necessárias à concreção das normas constitucionais.<sup>431</sup>

O artigo 22 encerra a previsão de responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, de forma solidária com seus órgãos, funcionários ou agentes, por violação ou prejuízo de direitos, liberdades e garantias, em função de ações ou omissões praticadas no exercício, ou por causa do exercício, das funções<sup>432</sup>.

---

Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.

4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.”

430 “Artigo 20.º

Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

431 “Artigo 283.º

Inconstitucionalidade por omissão

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

432 “Artigo 22.º

Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

Refira-se, por fim, que como já mencionado no tópico 1.2.2, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que inclui direitos sociais, tornou-se juridicamente vinculativa desde 01 de dezembro de 2009.

### **2.1.2 O resgate da cidadania: as previsões da Constituição do Brasil**

A Constituição brasileira de 1988, como a portuguesa, sinalou o final de um longo período ditatorial, mediante um longo e gradual processo que culminou no restabelecimento da democracia depois de décadas de regime militar. Foi elaborada por uma assembleia nacional constituinte convocada sem que tenha havido eleição parlamentar para fim e cujos trabalhos se estenderam por muitos meses e foram acompanhados com interesse por parte da população.<sup>433</sup> Nos seus quase trinta anos de existência a CRFB já sofreu noventa e seis emendas.

A Constituição brasileira de 1988 é o documento mais abrangente e pormenorizado já elaborado sobre os direitos humanos no Brasil.<sup>434</sup>

Desde o seu preâmbulo consignou a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.<sup>435</sup>

Dentre os fundamentos do Estado Brasileiro incluiu a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º). Nos objetivos fundamentais da República se inserem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III); e a promoção do bem de todos, sem discriminação (art. 3º, inciso IV). A prevalência dos direitos humanos foi incluída entre os princípios que devem reger o Brasil nas relações internacionais (art. 4º, II).

---

<sup>433</sup> Sobre os trabalhos da constituinte, ver BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 449 e ss; no anexo ao final da obra, os textos históricos, dentre os quais a ata de instauração, a composição da assembleia, discursos, propostas rejeitadas e placar de votações, p. 797-940.

<sup>434</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 55.

<sup>435</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

Pela primeira vez na história brasileira o texto constitucional começou pelo catálogo dos direitos e garantias fundamentais logo no Título II, compreendendo seis artigos, cujo teor foi ampliado qualitativa e quantitativamente em relação às constituições anteriores. No tópico "direitos sociais" foram significativos os avanços da nova Carta Constitucional. Pela primeira vez, foram catalogados num texto constitucional brasileiro entre os direitos fundamentais. No Título II, referente aos direitos fundamentais, ao lado do capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, foi incluído o Capítulo II arrolando os direitos sociais, prevendo o artigo 6 em sua redação original os direitos à educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; posteriores emendas constitucionais incluíram no caput do mesmo artigo também os direitos à moradia, alimentação e transporte<sup>436</sup>. Do artigo 7º (este com 34 incisos) ao artigo 11 consagra os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, incluindo o direito de greve e a liberdade sindical.

Maior detalhamento dos direitos sociais está inserido em dispositivos fora do catálogo do título próprio, dispersos pelo texto constitucional, podendo-se referir, por exemplo, no capítulo próprio no Título VIII as disposições sobre a ordem social bem como o direito à educação no art. 205.

O parágrafo 1º do art. 5º estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>437</sup>.

Os direitos arrolados na Constituição não constituem um rol taxativo, pois não excluem outros decorrentes do regime e princípios constitucionais bem como os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ainda, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso com quórum qualificado (3/5 dos votos) terão valor idêntico ao de emendas constitucionais<sup>438</sup>. O art. 7º que em seus incisos arrola os direitos dos trabalhadores

---

<sup>436</sup> Inseridos, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais n. 26/2000, 64/2010 e 90/2015.

<sup>437</sup> "Art. 5. [...]"

1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

<sup>438</sup> "Art. 5 [...]"

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". (redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004)



encerra também uma cláusula de abertura do catálogo<sup>439</sup>.

Por fim, os direitos e garantias individuais constituem limites materiais à revisão constitucional, vedando a que sejam sequer objeto de deliberação pelo Congresso Nacional (art. 60, § 4º, IV)<sup>440</sup>.

Quanto à tutela dos direitos, a CRFB estabeleceu o direito de petição aos poderes públicos, para defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5, XXXIV, a).

No que toca à tutela judicial, a par de prever o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), o texto constitucional brasileiro também inseriu entre os direitos e garantias fundamentais instrumentos destinados a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, prevendo remédios constitucionais específicos: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de segurança coletivo, a ação popular (artigo 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII), e também o mandado de injunção, um mecanismo próprio para conferir eficácia aos dispositivos constitucionais em caso de omissão (art. 5, LXXI).

Quanto ao controle de constitucionalidade, a CRFB prevê ações de controle concentrado perante o STF, quais sejam a Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, 'a'); a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, par. 1); a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, par. 2); a Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III); a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, 'a', EC 03/93). Desde a Emenda Constitucional 45/2004, foi adotado o sistema de repercussão geral das questões constitucionais, como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários (art. 102, parágrafo 3º da CRFB).<sup>441</sup>

Há previsão de responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros pelas pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, sendo assegurado o direito de regresso contra o responsável pelos

<sup>439</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”.

<sup>440</sup> “ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]”

IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>441</sup> “Art. 102. [...]”

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluído pela EC 45/2004.”

danos, quando configurado o dolo ou culpa<sup>442</sup>.

Assim brevemente exposto em termos descritivos o tratamento dos direitos sociais nas Constituições brasileira e portuguesa, no tópico que segue será abordado de forma mais detida o regime dos direitos sociais nos dois países. Em análise comparativa e sem pretensão de completude buscar-se-á destacar as principais semelhanças e assimetrias dos dois textos constitucionais, dando-se destaque aos temas que definem o sistema de direitos fundamentais sociais, quais sejam, a abertura do catálogo, os limites de revisão material, as restrições a direitos e os mecanismos de proteção dos direitos sociais. O tema da força normativa dos direitos sociais, pela sua relevância, será examinado mais adiante em tópico próprio.

### **2.1.3 A estrutura dos direitos fundamentais sociais e suas garantias nas constituições brasileira e portuguesa em perspectiva comparada**

#### *a) Constituição do Estado Social*

No aspecto histórico, ambas as constituições foram elaboradas em um contexto de redemocratização, precedidas de assembleias constituintes caracterizadas pela grande contraposição de múltiplos interesses, ideologias e concepções políticas conflitantes<sup>443</sup>; ambas estipularam programas de atuação comprometidos com a justiça social.

Ambas, ainda que não declaradamente, adotaram a constituição do Estado Social. Na CRP, essa opção constituinte fica evidente no seu preâmbulo, bem como

<sup>442</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>443</sup> A respeito das correntes contraditórias que se amalgamaram durante o processo constituinte brasileiro, ver CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; também em BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 449 e ss. Um traçado do processo de elaboração da CRP, destacando os aspectos referentes às opções constituintes referentes aos direitos fundamentais sociais, é feito por MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44-57; de forma mais sintética, também em CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 9-11.

em vários dispositivos espalhados ao longo do texto constitucional, sendo de se referir que, no dispositivo referente às incumbências atribuídas ao Estado, consta a promoção da justiça social (art. 81, n. 2, CRP). A doutrina portuguesa entende que a CRP institui uma forma social de Estado, uma vez que “dá uma proteção sólida às liberdades e dedica-lhes um grande número de preceitos, embora às dimensões liberal e democrática se acrescente agora uma outra, a dimensão social”.<sup>444</sup>

A Constituição Federal de 1988 institui um Estado Democrático de Direito que também incorporou o princípio social, ainda que não expressamente.<sup>445</sup> Evidencia-se o princípio social também no seu preâmbulo, nos objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3) e em várias disposições ao longo do texto, especialmente no capítulo relativo à Ordem Social. Da mesma forma é a interpretação doutrinária; a respeito, Paulo Bonavides intitula um capítulo de seu Curso de Direito Constitucional com a seguinte questão: “É a Constituição de 1988 uma Constituição do Estado social?”, e a seguir responde afirmativamente, aduzindo que a CRFB de 1988 é “basicamente em muitas de suas dimensões uma Constituição do Estado Social”.<sup>446</sup>

Também evidencia a opção pelo caráter social o fato de ambos os textos constitucionais incluírem os direitos econômicos, sociais e culturais entre os direitos fundamentais, operando-se um processo de fundamentalização dos direitos sociais. Junto com os direitos e liberdades clássicos, “são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de caráter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos”.<sup>447</sup>

<sup>444</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 25. Também em LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 9-11; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 9-13; MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36; CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 86-87; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 105.

<sup>445</sup> Para Ingo Sarlet, a Constituição brasileira é uma Constituição analítica, regulamentadora, pluralista e compromissária, de cunho programático e também dirigente. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 65-66.

<sup>446</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 336. Sobre ser a Constituição de 1988 uma Constituição do Estado social, ver também: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119.

<sup>447</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa.

Essa fundamentalidade, essa relevância atribuída aos direitos sociais, econômicos e culturais no plano normativo é o elemento distintivo, o traço que caracteriza, constitui e concretiza o Estado Social.<sup>448</sup>

*b) Estrutura organizativa das normas relativas aos direitos sociais*

Quanto à estrutura, tanto a Constituição portuguesa como a brasileira incluíram os direitos econômicos, sociais e culturais nos capítulos referentes aos direitos fundamentais (Parte I, Direitos e deveres fundamentais da CRP; Título II da CRFB).

Ambas adotaram extenso catálogo de direitos sociais,<sup>449</sup> diferindo contudo na técnica de estruturação e na forma de disposição dos direitos. Na Constituição brasileira estão arrolados em diferentes capítulos do título próprio aos direitos e garantias fundamentais os “direitos e deveres individuais e coletivos”, os “direitos sociais”, “da nacionalidade”, “dos direitos políticos” e “dos partidos políticos”. O constituinte português, mais tecnicamente, arrolou “direitos, liberdades e garantias” pessoais, de participação política e dos trabalhadores, e “direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”.

Se as regras gerais da CRP sobre direitos fundamentais na parte relativa aos direitos, liberdades e garantias reputam-se em afinidade com a Lei Fundamental alemã, a inserção dos direitos dos trabalhadores e de suas organizações é considerada como relativamente original.<sup>450</sup>

Na Constituição portuguesa foram concentrados nos artigos 24 a 79 tanto a proclamação dos direitos quanto normas organizativas e deveres estatais. O

---

Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 32.

<sup>448</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 292.

<sup>449</sup> Bassat e Dahan analisam as previsões nos textos constitutivos de 68 países (textos das constituições escritas de 64 países e 4 países com leis com valor normativo superior a lei ordinária), com base em cinco indicadores: direito a prestações de renda mínima e prestações para cobertura de eventos como invalidez, viuvez, orfandade, incapacidade, doença, acidente, desemprego; direito a educação primária e secundária, direito a saúde, direito à moradia e proteção dos direitos dos trabalhadores. Concluem que Portugal ocupa a primeira posição, como texto constitucional com mais comprometimento com os direitos sociais, sendo que o Brasil vem logo a seguir. BEN-BASSAT, Avi; DAHAN, Momi. Social rights in the constitution and in practice. *JCE*. Vol. 36, Issue 1, March 2008, p. 103-119.

<sup>450</sup> Sobre as múltiplas influências de textos constitucionais estrangeiros na Constituição portuguesa, a começar pela Lei Fundamental alemã, veja-se MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Introdução Geral. *Constituição da República Portuguesa*. Estoril: Principia, 5. ed. p. 13-14.

constituinte brasileiro optou por consignar disposições declarativas genéricas no capítulo correspondente aos direitos fundamentais, elencando os direitos fundamentais sociais (especialmente o *caput* do art. 6), reservando o maior desenvolvimento e detalhamento da forma organizativa para disposições espalhadas ao longo do texto da Constituição. Nos artigos 7º, 8º e 9º, contudo, tratou do direito ao trabalho, da liberdade sindical e do direito de greve de forma mais detalhada.

*c) Quanto ao objeto da proteção*

No que toca aos bens sociais objeto de proteção, ambos os textos fizeram opções bastante semelhantes, podendo-se identificar um núcleo de proteção comum a ambos os países. Assim é que em Portugal e no Brasil se incluem entre os direitos fundamentais sociais:

(a) o *direito à saúde* - que é considerada direito e dever de todos (artigo 64 da CRP) e direito de todos e dever do Estado (*caput* do art. 6 e art. 196 da CRFB).

(b) o *direito à previdência social*, ou *seguridade social* - prevê a constituição portuguesa como direito fundamental social um sistema de proteção social em face de eventos como doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade e desemprego (artigo 63 da CRP); a previdência social brasileira atende aos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, complementação de renda familiar e proteção para a família no caso de morte ou prisão do segurado (*caput* do art. 6º e artigo 201 da CRFB).

(c) o *direito à moradia* - habitação de dimensão adequada, com higiene, conforto, intimidade e privacidade (artigo 65 da CRP); moradia (*caput* do art. 6º da CRFB).

(d) o *direito à educação* - todos têm direito à educação (artigo 73 da CRP); considera a educação como direito de todos e dever do Estado e da família (*caput* do art. 6º e artigo 205 da CRFB).

(e) *Proteção da família* (artigo 67 da CRP), paternidade e maternidade (artigos 68 da CRP) e infância e juventude (artigos 69 e 70 da CRP) e da terceira idade (artigo 72 da CRP); proteção à maternidade e à infância (*caput* do art. 6º da CRFB) e proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (capítulo VII).

(f) *proteção das pessoas com deficiência*, que é prevista no artigo 71 da CRP, no Brasil consta nas Convenções sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu

protocolo facultativo, as quais foram internalizadas no direito brasileiro como emendas constitucionais em virtude da aplicação da EC 45/2004.

(g) *direito ao trabalho e à retribuição pelo trabalho* - Ambos os textos constitucionais estabelecem disposições com diferentes formulações mas com semelhante conteúdo material, sendo em ambas reconhecidos o direito de greve, liberdade sindical, direito à retribuição pelo trabalho, direito a condições de trabalho adequadas.

Há uma distinção estrutural nesta parte, que bem evidencia o quanto os direitos fundamentais decorrem de construções culturais: a CRFB não separa o direito ao trabalho e as “liberdades sociais” propriamente ditas - os direitos de greve e liberdade sindical; todos estão inseridos entre os direitos fundamentais sociais, sendo os primeiros no artigo 7º e as liberdades sociais nos artigos 8 e 9; na CRP, desde a revisão constitucional de 1982, as liberdades sociais estão incluídas no capítulo III, relativo aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (artigos 55 e 57); o direito ao trabalho em si e suas decorrências (retribuição, condições de trabalho) foram incluídos no capítulo 1 do título III, relativo aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais. Dessa divisão decorrem importantes distinções quanto ao regime dos direitos, como adiante se verá.

Nos dois textos constitucionais não parece haver previsões homogêneas, mas a sistematização da Constituição brasileira é bastante complicada, estando em muitos casos bem distanciadas as disposições relativas à previsão do direito em si e ao seu desenvolvimento, mecanismos e aspectos organizacionais<sup>451</sup>. Diferentemente da CRP na qual as disposições da catalogação incluem disposições sobre a organização<sup>452</sup>, a Constituição brasileira destacou apenas um rol resumido de direitos econômicos e culturais e inseriu as disposições organizativas ao longo do texto constitucional.

Também não muito tecnicamente, direitos que tem inequívoca natureza de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, como os direitos à cultura

---

<sup>451</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 21.

<sup>452</sup> Concorde-se, no ponto, com José de Melo Alexandrino quando destaca que o constituinte português revelou maior preocupação “ao nível da sistematização e da positivação dos direitos fundamentais”. Conforme ALEXANDRINO, José Melo. Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição brasileira de 1988. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Os-Direitos-Fundamentais-na-CRP-de-1976-zonas-de-diferenca-no-confronto-com-a-Constituicao-Federal-Brasileira-de-1988.pdf>. Acesso em 26.06.2016.

(artigo 73 da CRP), desporto (artigo 79 da CRP) e meio ambiente (artigo 66 da CRP), na Constituição brasileira estão dispostos de forma esparsa no texto, respectivamente nos artigos 215, 217 e 225. Além disso, o tema da proteção do consumidor que na Constituição portuguesa adequadamente está inserido no tópico referente aos direitos económicos, sociais e culturais (art. 60 da CRP) na CRFB foi destacado entre os direitos fundamentais entre os direitos individuais e coletivos (art. 5º, XXXII).

#### d) *Abertura do catálogo*

A disposição de direitos fundamentais fora do catálogo do capítulo próprio nos leva ao tema da abertura do catálogo de direitos fundamentais, que desempenha importante papel no que toca à questão da definição dos direitos fundamentais e sua proteção. Trata-se, em suma, de saber se os direitos fundamentais seriam apenas aqueles previstos na Constituição de forma taxativa no capítulo próprio, ou se podem ser também compreendidos como fundamentais outros direitos previstos no texto da Constituição fora do capítulo próprio ou de forma implícita, bem como se o rol constitucional pode ser atualizado ou enriquecido com outros direitos extraconstitucionais.

Tanto o sistema brasileiro quanto o português preocuparam-se com a questão, ambos admitindo a expansão do rol constitucional de direitos fundamentais para abranger outros direitos compreendidos dentro do texto da Constituição mas fora do catálogo próprio podendo ainda agregar-se outros direitos extraconstitucionais. A doutrina portuguesa e a brasileira entendem que a abertura material compreende também os direitos sociais.<sup>453</sup> Na lapidar lição de Jorge Miranda, “porque vivemos em, não em um Estado *liberal*, mas sim em um Estado *social* de Direito”, os direitos económicos, sociais e culturais podem e devem ser reconhecidos para além dos declarados em determinado momento histórico “precisamente à medida que a solidariedade, a promoção das pessoas, a consciência da necessidade de correção de desigualdades (como se queira) vão crescendo e penetrando na vida jurídica”.<sup>454</sup>

<sup>453</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2. ed. Porto: Universidade Católica, 2015, p. 164; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 116-117. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 120-122.

<sup>454</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora,

No Brasil, conforme a previsão do parágrafo 2º do art. 5º da CRFB, além dos direitos elencados nas disposições inseridas no título próprio, não estão excluídos outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios” adotados na CRFB; no sistema português igualmente o sistema constitucional se orienta por uma enumeração constitucional aberta<sup>455</sup>, podendo abranger outros direitos constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

Nos dois casos compreendem-se como fundamentais também outros direitos e garantias implícitos, considerados materialmente fundamentais<sup>456</sup>, que Canotilho e Moreira denominavam de ‘dispersos’<sup>457</sup>, ou seja, direitos fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional, inclusive pela incidência do art. 17, ao compreender também como protegidos pelo regime especial os direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias<sup>458</sup>.

No Brasil por construção doutrinária e jurisprudencial entende-se que devem ser considerados direitos fundamentais ainda que não constem do respectivo rol os direitos à cultura<sup>459</sup>, ao meio ambiente equilibrado<sup>460</sup> e mesmo o direito a não retroação

---

2000, p. 166, grifos no original.

<sup>455</sup> Curioso é que, conforme Canotilho, a praxe se mantém desde a Constituição de 1911, na qual foi inserida por influência da Constituição brasileira de 1891. Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 370; assim, constituiria um caso de “*constitutional cross-fertilization*” ou “fertilização constitucional cruzada”, no sentido posto por SLAUGHTER, Anne-Marie. A global Community of Courts. *HILJ*, 44, 2003, pp. 191-219; BOTELHO, Catarina dos Santos. Lost in Translatio’ns – A crescente importância do Direito Constitucional Comparado. In: BOTELHO, Catarina dos Santos et al., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, p. 49-101; ou, ainda, na expressão de Virgílio Afonso da Silva, “empréstimo constitucional”. SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530, p. 519.

<sup>456</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 77.

<sup>457</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 115-117.

<sup>458</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 308- 309. José de Melo Alexandrino destaca, entretanto, a distinção entre os dois textos, considerando que a recepção dos direitos na carta portuguesa é expressa em virtude da disposição do artigo 17 da CRP, dispensando a cláusula aberta. Conforme ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição brasileira de 1988. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Os-Direitos-Fundamentais-na-CRP-de-1976-zonas-de-diferenca-no-confronto-com-a-Constituicao-Federal-Brasileira-de-1988.pdf>. Acesso em 26.06.2016.

<sup>459</sup> Conforme COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. *Conhecimentos tradicionais: direito à proteção e proteção aos direitos*. (2017). Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre. 2017.

<sup>460</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22.146/SP, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 30.10.1995. Também na doutrina: SARLET, Ingo Wolfgang;



da lei tributária<sup>461</sup>.

Há igual preocupação doutrinária nos dois países com os critérios para definição do que seriam os direitos materialmente fundamentais a serem agregados ao rol, bem como com os direitos constantes do catálogo que possam ser apenas formalmente fundamentais, e portanto, sem proteção diferenciada<sup>462</sup>.

Em Portugal, em função da extensão de regime mais protetivo para os direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, há importantes discussões quanto ao critério distintivo para identificar os direitos de natureza análoga. Prevalece a posição de que o critério seria a determinabilidade da norma, qual seja, quando da norma se possa deduzir por análise hermenêutica suficiente densidade de conteúdo que permita a sua concretização. Há direitos económicos, sociais e culturais que podem ser considerados como de natureza análoga<sup>463</sup>; seriam exemplos dessa extensão os artigos 59º, nº 1, alíneas 'a', 'b' e 'd', 60º, nº 1, 61º, 62º, 68º, nº 3, 74º, alínea 'a', da CRP<sup>464</sup>.

Reforçando o reconhecimento da 'não tipicidade', ou 'não identificação'<sup>465</sup> dos direitos fundamentais, ambos os textos também adotaram a cláusula de abertura material da catalogação a direitos extraconstitucionais de textos internacionais, tornando os respectivos conjuntos permeáveis à incorporação de novos direitos previstos em normas de direito internacional (artigo 16, 1, CRP; parágrafo 2º do art. 5 da CRFB).

No Brasil este tema sempre suscitou acesos debates acerca dos efeitos da incorporação dos tratados sobre direitos humanos em relação às normas constitucionais ou legais do direito interno, se estariam no nível das leis ordinárias, se seriam internalizados como supralegais ou no mesmo nível da Constituição ou mesmo

---

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: RT, 2014, p. 75-76.

<sup>461</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939-7, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.1994.

<sup>462</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 372-373; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 75 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 92 e ss.

<sup>463</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 371.

<sup>464</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 309.

<sup>465</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 75.

acima dela.<sup>466</sup> Em uma tentativa de equacionar essa questão, na revisão operada em 2004 alterou-se o texto constitucional para fazer constar que as normas de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovadas pelo Congresso Nacional mediante votação com quórum qualificado serão incorporadas com *status* de normas constitucionais. Quanto aos tratados incorporados ao ordenamento brasileiro sem o quórum qualificado, entendeu o Supremo Tribunal Federal que são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, mas inferiores à Constituição.<sup>467</sup>

Questão interessante, a respeito, é delimitar, no caso de distinta regulamentação nos diferentes instrumentos nacional e internacional, qual regra deve ser aplicada. A doutrina inclina-se pela aplicação da norma mais protetiva, que melhor salvaguarde o direito fundamental em jogo, ou que melhor preserve a dignidade humana<sup>468</sup>.

Em Portugal, o tema da integração da normatização internacional é especialmente relevante, em virtude da adesão do país à União Europeia, a qual consagrou uma carta de direitos fundamentais que inclui direitos sociais e que se tornou juridicamente vinculativa desde 01 de dezembro de 2009. Essa integração à União Europeia é um fator que enseja maior aproximação de outros sistemas jurídicos, com várias experiências integrativas, mecanismos e órgãos de cooperação judicial e não judicial,<sup>469</sup> situação que não tem paralelo no Brasil.

Das disposições do artigo 8º da CRP decorre, como regra geral, que os direitos fundamentais internacionais, na qualidade de princípios de direito internacional geral, se integram ao direito português, notadamente quando constem em convenções internacionais ratificadas e publicadas, o que, conforme Vieira de Andrade, qualifica um sistema de *recepção plena* do direito internacional e

---

<sup>466</sup> Ver, a respeito dessa polêmica, Flávia Piovesan, que defende que os tratados acerca de direitos humanos são materialmente constitucionais, independentemente da formalização constitucional na forma da EC 45. PIOVESAN, Flavia. *Direito humanos e Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73-74.

<sup>467</sup> STF, RE 466343, Relator Ministro Cezar Peluso, Pleno, julgado em 31.12.2008, DJE de 05.06.2009, DJe-104 04-06-2009, em regime de repercussão geral, no qual restou firmada a tese de que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (Súmula vinculante n. 25), com base nas disposições do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

<sup>468</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>469</sup> ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogerio Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

convencional pelo sistema português.<sup>470</sup>

Com relação às normas da União Europeia, entende-se que são incorporadas com primado sobre todas as normas nacionais contrárias, sejam constitucionais, sejam legais; contudo, não se trata de princípio absoluto, entendendo-se que devem restar preservados os princípios fundamentais do Estado Democrático previstos na CRP.<sup>471</sup>

Levando-se em conta que as normas de direito comunitário são editadas de forma naturalmente mais genérica, consideradas as diferentes realidades dos países integrantes, tendem a representar um mínimo consenso. Na prática, muitos dos Estados integrantes – caso de Portugal - dão trato bem mais generoso aos direitos fundamentais do que aquele previsto nas normas comunitárias. O artigo 53 da Carta estabelece uma espécie de ‘regra de convivência’ entre os distintos ordenamentos:

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.<sup>472</sup>

O princípio, em relação à legislação da União Europeia, é que deve ser preservada a margem de apreciação dos Estados<sup>473</sup>. Há entendimento no sentido de que as normatizações de âmbito regional e nacional devem ser combinadas de modo que o resultado seja o mais favorável possível à proteção dos direitos fundamentais, garantindo-se o nível de proteção mais elevado possível<sup>474</sup>.

Por fim, a CRP adota a abertura da cláusula também em relação a textos

<sup>470</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 40.

<sup>471</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 76.

<sup>472</sup> Texto integral disponível em [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

<sup>473</sup> A respeito, Emmanuel Jeuland entende que a constituição do federalismo europeu implica a manutenção do equilíbrio entre a ordem jurídica europeia e as ordens jurídicas internas, que entre si mantêm relação de articulação e harmonização. JEULAND, Emmanuel. *L'espace judiciaire européen: un ordre juridique interétatique?* *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 184, p. 141-153, jun. 2010.

<sup>474</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *A recepção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na ordem jurídico-constitucional portuguesa: uma dinâmica pro unione ou pro constitutione?* In: PEREIRA, António Pinto (coord.) *Liber Amicorum em homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 315-359, p. 349-350.

legais e ao costume internacional, o que não se dá na CRFB de forma expressa. O critério, em ambos os casos, seria o da fundamentalidade material,<sup>475</sup> que Vieira de Andrade traduz como sendo “a importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo mesmo com a consciência geral da comunidade”<sup>476</sup>.

Como se verifica, nos dois países, ainda que a questão dos exatos limites da cláusula de abertura constitucional dos direitos fundamentais apresente algumas controvérsias, destaca-se o fato de ambos os textos constitucionais adotarem o elenco não taxativo de direitos, com permeabilidade à incorporação de novos direitos.

#### e) *Limites materiais de revisão*

Outro tema muito importante e caro ao direito constitucional e aos direitos fundamentais é a questão da proteção contra eventuais reformas ou revisões constitucionais, uma vez que ao se estabelecer condições dificultadas de reforma “se protege a duração e estabilidade das leis constitucionais e ‘se aumenta a sua força legal’”.<sup>477</sup> A rigidez constitucional, assim, constitui uma forma de garantia dos direitos fundamentais.

Trata-se dos limites materiais ao constituinte derivado, ou seja, definir se qualquer matéria pode ser objeto de revisão constitucional, ou se há um núcleo material da Constituição a vincular para o futuro, o que seria justificável caso se tratasse de elementos tão relevantes e fundamentais que a sua supressão descaracterizaria a própria essência e identidade da Constituição. Na aceção de Canotilho tal ocorre quando as constituições “selecionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão”.<sup>478</sup>

<sup>475</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição brasileira de 1988. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Os-Direitos-Fundamentais-na-CRP-de-1976-zonas-de-diferenca-no-confronto-com-a-Constituicao-Federal-Brasileira-de-1988.pdf>. Acesso em 26.06.2016.

<sup>476</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 140.

<sup>477</sup> Tradução de: “se protege la duración y estabilidad de las leyes constitucionales y ‘se aumenta la fuerza legal’”. SCHMIT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Francisco Ayala. 2. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 41.

<sup>478</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra:

As duas constituições objeto de exame são do tipo rígido, estabelecendo procedimentos formais temporais e processuais para revisão ou reforma, tendo uma “resistência à derrogação” superior à lei ordinária.<sup>479</sup> Cabe verificar como os dois sistemas resolveram o problema dos limites materiais de revisão.

Em Portugal o artigo 288 da CRP estabelece uma enumeração bastante extensa de limites expressos à revisão constitucional, os quais, para Canotilho e Vital Moreira, são “traves-mestras” da ordem constitucional,<sup>480</sup> ainda que não constituam cláusula absoluta: não há intangibilidade dos preceitos referentes às matérias arroladas como limites materiais; o que não pode ser atingido por reformas constitucionais são os princípios ou regimes materiais<sup>481</sup>.

No sistema jurídico-constitucional português são imunes a reformas constitucionais, dentre outros, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (alínea ‘d’) e também alguns direitos de vertente social expressamente referidos, quais sejam os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais (alínea ‘e’).

O entendimento é que, dado que a cláusula em sua redação literal não abrange todos os direitos fundamentais, e sim apenas os direitos, liberdades e garantias e os outros direitos expressamente arrolados, os direitos sociais, econômicos e culturais não constituem limite à revisão constitucional.<sup>482</sup>

Jorge Miranda defende que em virtude da aplicação das disposições da DUDH, os direitos sociais nela previstos - dos quais seriam exemplos a proteção da saúde e a educação - também estariam resguardados de emendas constitucionais.<sup>483</sup>

A respeito do tema, destaca-se a posição de Catarina Botelho que entende que ainda que os direitos econômicos, sociais e culturais não tenham sido incluídos como limites materiais de revisão constitucional, admitir-se que o legislador

---

Almedina, 1997, p. 942.

<sup>479</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2. ed. Porto: Universidade Católica, 2015, p. 57-58.

<sup>480</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 293.

<sup>481</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 294.

<sup>482</sup> Por todos: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 80.

<sup>483</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 156. Também em \_\_\_\_\_. Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: MIRANDA, Jorge et al., *Estudos Jurídicos e Econômicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 345-361, p. 360.

constituente de revisão possa restringir sem qualquer limite os direitos previstos no texto constitucional atentaria contra o princípio do Estado de Direito Social; entende a autora que deve ser preservado um conteúdo mínimo, especialmente em relação aos direitos dos mais necessitados.<sup>484</sup>

No Brasil o legislador constitucional estabeleceu proteção contra a revisão constitucional ao estipular que as propostas de emenda tendentes a abolir direitos e garantias individuais não poderão sequer ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional (CRFB, art. 60, § 4º, IV).<sup>485</sup>

Não tendo havido, da mesma forma que na constituição portuguesa, a inserção expressa dos direitos sociais entre as ‘cláusulas pétreas’, na doutrina brasileira também é objeto de controvérsia o alcance dessa disposição aos direitos sociais. Em uma interpretação estrita literal, somente se aplicaria aos direitos e garantias individuais.

Contudo, há forte entendimento doutrinário no sentido de que se aplica também aos direitos econômicos, sociais e culturais a proteção contra reformas constitucionais, ainda que não expressamente integrados no rol das cláusulas pétreas do nosso sistema constitucional.

A começar por Paulo Bonavides, que entende que “[...] uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica”; constituindo os direitos sociais pressupostos da dignidade da pessoa humana, necessários para alcançar a sociedade livre, justa e solidária, são, portanto, insuscetíveis de terem sua essência suprimida, afetada ou abolida<sup>486</sup>.

Na mesma linha, Ingo Sarlet entende que uma interpretação sistemática do texto constitucional conduz à conclusão no sentido de que a cláusula de proteção abrange não só os direitos sociais como também os direitos de nacionalidade e políticos. Aduz que não se poderia dar interpretação restritiva uma vez que os direitos

---

<sup>484</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 265.

<sup>485</sup> O entendimento jurisprudencial do STF é que essa proteção abrange, inclusive, os direitos fundamentais fora de catálogo, caso da anterioridade tributária prevista no artigo 150 da Constituição (ADIN 939/DF, STF, Pleno, Relator Min. Sidney Sanches. Julg. 15.12.1993, DJ 18.03.94, p. 5165).

<sup>486</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 593-594-595. Também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 214-215.

fundamentais integram o cerne da ordem constitucional brasileira;<sup>487</sup> sua abolição “acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das ‘cláusulas pétreas’”.<sup>488</sup>

Por fim, da mesma forma que em Portugal, a doutrina compreende que a estipulação da cláusula pétrea não tem valor absoluto, no sentido de que seria proibida qualquer modificação na disciplina constitucional; o que está vedado é a admissão de projetos de emendas constitucionais “tendentes a abolir”, ou seja, que impliquem supressão do direito ou de seus elementos essenciais. De novo, com Ingo Sarlet, a inserção dos direitos sociais como cláusulas pétreas não acarreta “uma indesejável galvanização da Constituição” dado que “apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação”.<sup>489</sup>

#### *f) Limites de restrição*

Outro ponto importante e que constitui um tema especialmente caro à dogmática constitucional dos direitos fundamentais é a questão dos limites de restrição aos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa - assim como também consta na Constituição espanhola e alemã - estabeleceu claros parâmetros formais e materiais à restrição normativa dos direitos, liberdades e garantias, limitando-a aos casos expressamente previstos na Constituição e ainda assim de forma condicionada: (a) as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; (b) somente são admissíveis se levadas a efeito por lei, de caráter geral e abstrato e sem efeito retroativo, não podendo ainda diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Essa disposição é extensiva aos direitos fundamentais de natureza análoga

---

<sup>487</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 440-443.

<sup>488</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 445-446.

<sup>489</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 446.

(categoria que, como vimos, pode compreender alguns direitos econômicos, sociais e culturais, desde que dotados de suficiente determinabilidade constitucional) e aos compreendidos no título II (artigos 53 a 57), dentre os quais estão a segurança no emprego e as 'liberdades sociais'. Contudo, não se estende à generalidade dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Na Constituição brasileira, em que pese ao longo do texto nas disposições relativas a direitos fundamentais encontrem-se referências à reserva de lei, não foi estabelecida uma regra genérica expressa quanto a restrições aos direitos fundamentais<sup>490</sup>. A respeito dessa omissão, entende-se, na linha defendida por Ingo Sarlet, que seria importante a estipulação constitucional para uma dogmática mais definida e adequada aos direitos fundamentais.<sup>491</sup> Virgílio Afonso da Silva, por seu turno, entende que na ausência na CRFB de regra geral sobre a reserva legal e restrições a direitos o controle legislativo há de ser feito com base na proporcionalidade.<sup>492</sup>

#### *g) Formas de tutela não judicial*

Prosseguindo no ensaio comparativo, examina-se a questão da tutela conferida aos direitos fundamentais sociais nos dois regimes. Trata-se de questão relevante pois, como ressalta Pérez Luño, a concepção da existência de direitos fundamentais essenciais tem como pressuposto que lhes seja conferida uma proteção jurídica reforçada<sup>493</sup>. Em síntese, trata-se de verificar se os direitos fundamentais sociais foram dotados de adequados mecanismos de proteção de modo que seja garantida a efetivação dos seus conteúdos.

<sup>490</sup> A respeito, ver TRAVINCAS, Amanda Costa Thome. *Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição brasileira: estrutura, fundamentos e metodologias de controle*. (2010). Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre. 2010.

<sup>491</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 404-405.

<sup>492</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et ali (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618, p. 607. Para um detalhamento da compreensão do mesmo autor sobre a proporcionalidade como 'postulado normativo aplicativo' ou 'regra' (e não princípio, por não se tratar de algo que seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto), ver \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed, 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 167-182.

<sup>493</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 65.



Com relação aos mecanismos de tutela, na esfera extrajudicial, ambos os ordenamentos preveem o direito de petição, que consiste na apresentação de representações, defesa ou reclamações perante as autoridades públicas, para defesa de direitos ou interesses (artigo 58 CRP – artigo 5, XXXIV, ‘a’, CRFB).

No aspecto do controle interno dos atos da administração pública a CRP instituiu a figura do Provedor de Justiça, órgão independente, responsável por concentrar as demandas individuais e coletivas em relação às autoridades públicas, com atribuições semelhantes ao *Ombudsman* sueco e ao *Defensor del Pueblo* da Constituição Espanhola.

O Provedor de Justiça não tem poder decisório, não lhe cabendo revogar, anular ou suspender os atos da administração, mas sim editar recomendações aos órgãos públicos sobre a organização dos serviços de modo a prevenir injustiças. Sua esfera de atuação abrange todas as ações ou omissões da administração pública, inclusive queixas e reclamações relativas à proteção dos direitos sociais.<sup>494</sup> Está legitimado a requerer ao Tribunal Constitucional o exame de constitucionalidade e também de inconstitucionalidade por omissão. O acesso é gratuito e os órgãos e agentes administrativos devem colaborar com a sua atuação.

No Brasil a CRFB não instituiu órgão dessa natureza, em que pese atribuições semelhantes às do Provedor de Justiça insiram-se nas funções do Ministério Público (art. 129, especialmente o inciso II<sup>495</sup>)<sup>496</sup> e da Defensoria Pública (art. 134)<sup>497</sup>.

Instituir no Brasil um órgão semelhante poderia constituir um reforço à tutela

<sup>494</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 467; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 348.

<sup>495</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

[...]

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; [...].”

<sup>496</sup> O que é operacionalizado na estrutura interna do Ministério Público Federal por meio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e das Procuradorias Regionais dos Direitos do Cidadão.

<sup>497</sup> “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

dos direitos sociais,<sup>498</sup> permitindo-se a abertura de uma instância participativa com espaço para manifestação da sociedade e contribuindo para uma cultura mais protetiva dos direitos sociais, sendo o papel dos *ombudsmen* nessa área destacado, especialmente quando configurada a má administração<sup>499</sup>; entretanto, não substitui a via judicial, porque, dentre outros motivos, os métodos de trabalho e o âmbito de atuação são muito diversos, não dispondo ainda de recursos de coerção<sup>500</sup>.

#### *h) Tutela judicial*

Ambos os textos constitucionais garantem de forma geral a proteção judicial dos direitos – acesso à justiça, ou acesso ao direito (art. 20 CRP - art. 5º, XXV, CRFB), com desdobramentos comuns: o segredo de justiça quando for o caso (artigo 20, 3 CRP; artigo 5, LX, CRFB); prazo razoável (artigo 20, 4, CRP – artigo 5, LXXVIII, CRFB); assistência judiciária no caso de insuficiência de recursos (artigo 20, 1, CRP - art. 5, LXXIV, CRFB); na CRFB há a garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5, LIV e LV, CRFB) e a CRP garante o processo equitativo (art. 20, 4, CRP).

Quanto a mecanismos de tutela judicial específicos para proteção dos direitos fundamentais, o legislador brasileiro foi pródigo e estabeleceu vários ‘remédios constitucionais’, na forma de instrumentos destinados a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, dotando-os de significativa densidade constitucional. Entre esses *writs* com *status* constitucional, estão o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de segurança coletivo. São procedimentos mais céleres e com tramitação preferencial, sendo que alguns deles são gratuitos e têm legitimação ativa facilitada.

As disposições constitucionais sobre os novos mecanismos criados na Constituição foram consideradas como sendo de aplicabilidade imediata, de modo que enquanto os instrumentos novos não haviam sido ainda regulamentados foi admitido o seu uso mediante o rito processual do mandado de segurança, então já

<sup>498</sup> Nessa linha, o entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que defende a criação de uma Ouvidoria de Direitos Humanos. ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista do CEJ do Conselho da Justiça Federal*, vol. 1, n. 3, p. 76-91, set-dez 1997.

<sup>499</sup> O'BRIEN, Nick. Social rights and civil society: 'Giving force' without 'enforcement'. *Journal of Social Welfare and Family Law*. n. 34. 2013, p. 459-470.

<sup>500</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 90-93.

regulamentado. Assim, antes da edição das leis regulamentadoras do mandado de segurança coletivo e do habeas data,<sup>501</sup> as ações tramitaram sob o rito do mandado de segurança individual.

Considerada a unicidade do regime dos direitos fundamentais, não há restrição ao uso dos remédios constitucionais, quando cabíveis, para tratar matérias relativas aos direitos sociais. Há inclusive previsão específica na CRFB em relação à competência da Justiça do Trabalho para julgar os remédios constitucionais em matérias sujeitas a sua jurisdição (artigo 114, IV).

A Constituição Portuguesa na sua redação original não previa um mecanismo específico de proteção dos direitos fundamentais<sup>502</sup>. Contudo, a revisão constitucional de 1997 inovou, instituindo um mecanismo de tutela efetiva prioritária e em tempo útil contra ameaças e violações de direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 20, n. 5, da CRP).

Jorge Novais reputa ter sido cautelosa a postura do constituinte de revisão, suprimindo o déficit então existente no texto constitucional, mas procedendo de forma a limitar seu objeto apenas aos direitos, liberdades e garantias pessoais<sup>503</sup>. A operacionalização do instituto não se deu de plano, remanescendo a omissão até o ano de 2002,<sup>504</sup> quando foi regulamentado pela via da instituição da ‘intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias’<sup>505</sup>, prevendo um processo célere e sem que tenha constado a limitação aos direitos ‘pessoais’.

<sup>501</sup> Regulamentados, respectivamente, pela Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997 e n. 12.006 de 07 de agosto de 2009.

<sup>502</sup> Para um exame detalhado dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais do sistema português e na União Europeia, ver BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela direta dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>503</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 350.

<sup>504</sup> Sobre essa omissão, a doutrina se dividia. Casalta Nabais entendia que não significava desamparo, restado assegurada proteção pela jurisdição constitucional, exercida em sede de controle de constitucionalidade difuso e concentrado. NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 9-10; em sentido contrário, Catarina Botelho defendia a conveniência da inserção de um mecanismo de recurso constitucional de amparo para a defesa dos direitos, liberdades e garantias, bem como para os direitos fundamentais de natureza análoga, de forma a conciliar a “jurisdição constitucional” com a “justiça constitucional”. BOTELHO, Catarina Santos. *Haja uma Nova Jurisdição Constitucional – pela introdução de um mecanismo de acesso direto dos particulares ao Tribunal Constitucional*, ROA, I-II, 2010, 2011, p. 591-624; também em \_\_\_\_\_. *A tutela direta dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010; p. 135-161.

<sup>505</sup> Regulamentado nos artigos 109 a 111 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos em 2002.

Em que pese o dispositivo constitucional faça referência a ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’, a doutrina parece se inclinar no sentido de que essa proteção se estenderia no mínimo também aos direitos de natureza análoga<sup>506</sup>. Com relação aos demais direitos, liberdades e garantias, dentre os quais os direitos sociais, constata-se que há divergência doutrinária.

Reis Novais, que defende a unicidade do sistema de direitos fundamentais, entende que o critério material adotado não foi da melhor técnica, dado que não é admissível estabelecer de forma objetiva uma hierarquização entre direitos fundamentais, considerando os direitos, liberdades e garantias como prioritários, e dentre estes, como mais prioritários os direitos, liberdades e garantias pessoais. De outro modo, para o autor, o critério exclusivo da determinabilidade, igualmente, não é adequado, dado que os direitos submetidos à justiça administrativa<sup>507</sup> são os que já tiveram conformação legislativa. Compreende Novais que somente uma combinação dos dois critérios, fundamentabilidade do direito e determinabilidade do seu conteúdo, permitiria o exercício do controle possível compreendido dentro dos limites da justiça administrativa, sem que daí decorresse ofensa ao princípio da separação de poderes.<sup>508</sup>

Para Catarina Botelho, se a normatização operativa do correspondente instituto não consignou a limitação apenas aos direitos pessoais, o legislador outorgou proteção maior do que a CRP, dentro da esfera de disposição que lhe é assegurada. Conclui que nem todos os direitos econômicos, sociais e culturais estão abrangidos pela proteção do novo mecanismo; a admissibilidade restaria condicionada às hipóteses em que já existir a norma legal conformadora ou, na inexistência de conformação legislativa, seja a própria norma constitucional dotada de tal grau de densidade que dela se possa extrair a sua aplicação direta.<sup>509</sup>

Por fim, chega-se à questão do controle da constitucionalidade. Tanto no Brasil quanto em Portugal a jurisdição de fiscalização da constitucionalidade adota sistema misto, coexistindo a fiscalização concentrada abstrata nos respectivos

---

<sup>506</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 351-354.

<sup>507</sup> Apenas para esclarecer, diferentemente do Brasil, em Portugal há um sistema de contencioso administrativo e fiscal, cujo órgão superior é o Supremo Tribunal Administrativo.

<sup>508</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 355-357.

<sup>509</sup> BOTELHO, Catarina Santos. A intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias: quid novum? *Direito*, n.º 143, I, 2011, Almedina, Coimbra, 2011, p. 33-55.

tribunais superiores e a fiscalização de forma difusa que compete a todo o Poder Judiciário. Em Portugal as bases do atual sistema foram definidas na Revisão Constitucional de 1982. No Brasil a CRFB de 1988 ampliou as ações de controle de constitucionalidade direto perante o STF, expandindo também a legitimidade ativa para a propositura das ações diretas, que passou a ser outorgada a várias pessoas, órgãos e instituições, e, como já referido, por influência da CRP incorporou o instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. E, conforme igualmente já mencionado, no Brasil a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu a repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários (art. 102, parágrafo 3º, da CRFB).

Em matéria de direitos sociais, releva especialmente o tema do controle da inconstitucionalidade por omissão, dado que frequentemente os conteúdos constitucionais das normas relativas aos direitos sociais não são dotados de suficiente densidade normativa, necessitando para sua concretização da atuação do legislador ou eventualmente da administração. Como bem salienta Novais, a realização dos direitos sociais muitas vezes exige atuação positiva de prestações fáticas por conta do Estado, sendo que “[...] parte significativa das potenciais violações dos direitos sociais residirá na omissão das medidas constitucionalmente devidas, ou seja, o Estado estaria obrigado a atuar para realizar os direitos sociais e não o faz”, o que eventualmente caracteriza “[...] inconstitucionalidade por omissão e necessidade dos correspondentes mecanismos institucionais de garantia”.<sup>510</sup>

No Brasil há mais de um mecanismo de controle da omissão na regulamentação normativa: coexistem a ação de inconstitucionalidade por omissão, nos moldes da CRP, o mandado de injunção e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental decorrente da Constituição (ADPF).<sup>511</sup> A ação de inconstitucionalidade por omissão tem legitimidade relativamente restrita.

Um elemento que diferencia do sistema português é que no Brasil se admite não só o controle da omissão de medidas legislativas como também de medidas administrativas para tornar efetiva uma norma constitucional. Novais considera, neste ponto, deficiente o sistema português, em virtude de que o déficit de concretização

---

<sup>510</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 375.

<sup>511</sup> A regulamentação legal somente ocorreu onze anos depois da promulgação da Constituição, pela Lei n. 9.882/99.

dos direitos fundamentais sociais muitas vezes não ocorre em virtude da omissão legislativa e sim da “falta de criação/realização das prestações fáticas, materiais, orientadas à promoção do acesso individual aos bens protegidos pelos direitos sociais”.<sup>512</sup>

Como regra, uma vez que seja reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 102 CRFB).

O mandado de injunção, por seu turno, destina-se aos casos em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No Brasil, a deficiência do sistema era notada por Barroso, referindo que durante muito tempo a “farmacologia jurídica” não oferecia remédio eficaz para neutralizar a inércia do legislador, o que influenciou a criação de mecanismos de injunção por influência da jurisprudência alemã; contudo a solução de apenas informar o legislativo da omissão se revela “patentemente insatisfatória”, dado que a pressão institucional não tem muita eficácia se não for acompanhada da vinculação. Apontava a ineficácia das ações ajuizadas;<sup>513</sup> saliente-se que ainda há pendências de regulamentação legal.<sup>514</sup>

A jurisprudência do STF evoluiu em relação a este tema. A compreensão inicial era restrita, limitando-se a cientificar o órgão competente acerca da omissão constatada, para que adotasse as providências necessárias para seu suprimento<sup>515</sup>; posteriormente, se entendeu que seria caso de estipular prazo para suprimento da omissão, sendo que findo o prazo assinalado e persistindo a omissão, poderia o

<sup>512</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 376

<sup>513</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 161-162, 172.

<sup>514</sup> Identificam-se no STF vinte e oito mandado de injunção e duas ações de inconstitucionalidade por omissão já definitivamente julgados, nos quais foi reconhecida a existência de mora na disciplina de questões constitucionais e que ainda estão pendentes de regulamentação, conforme Lista de decisões nas quais houve a declaração da existência de mora legislativa, cuja matéria se encontra pendente de disciplina disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em 29 out 2017.

<sup>515</sup> Assim os julgados MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; MI 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002.

interessado obter em ação judicial reparação a título de indenização das perdas e danos sofridos pela omissão<sup>516</sup>; a seguir, entendeu-se que findo o prazo assinalado, o impetrante faria jus à previsão constitucional (que no caso consistia em gozo da imunidade, como entidade de assistência social, em relação ao recolhimento de contribuições para a seguridade social) independentemente de previsão legislativa<sup>517</sup>; por fim, foi reconhecida a existência da omissão reiterada e declarado o suprimento da omissão mediante a extensão de aplicação de lei que regulamentava de forma geral a matéria, mas cuja amplitude não se estendia aos petionários (notadamente os direitos de greve<sup>518</sup> e a aposentadoria especial, com o requisito temporal reduzido, para servidores públicos<sup>519</sup>).

Quanto à ação de inconstitucionalidade por omissão em Portugal a CRP estabelece um procedimento próprio o qual na revisão constitucional foi remetido ao Tribunal Constitucional. A legitimidade ativa é restrita e o objeto da ação é limitado ao controle das omissões legislativas. Constatada a inconstitucionalidade por omissão do legislador, o provimento consiste em dar conhecimento ao órgão legislativo competente da existência da omissão.

Quanto ao tema da possibilidade de suprimento judicial da omissão, Jorge Miranda, apontando as insuficiências da fiscalização abstrata por omissão, ao questionar se seria possível a fiscalização concreta da omissão, conclui pela impossibilidade ao fundamento que “as normas precativas não exequíveis por si mesmas dependem apenas de fatores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de fatores econômicos e sociais”. Assim, entende que a atuação do legislador é imprescindível e não poderia ser suprida

<sup>516</sup> A partir do julgamento do MI 283: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. Julgado em 20 mar. 1991, publicação em 14. Nov. 1991.

<sup>517</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno. julgado em 02 out. 1991, publicação em em 27. Mar. 1992.

<sup>518</sup> No julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES bem como em outros (MI 708/DF e MI 712/PA), o STF reconheceu a existência da omissão legislativa e propôs aplicação, no que fosse cabível, de lei que regulamentava o direito de greve dos trabalhadores em geral. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670/ES, Rel. Min. Mauricio Correa, Tribunal Pleno. Publicado em 31. Out. 2008.

<sup>519</sup> Dentre outros, destaca-se trecho do seguinte julgado: “Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador”. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007).

pelo juiz criando lei para o caso concreto, dado que a ausência de legislação não constitui uma lacuna; desse modo, o instrumento adequado para tanto seria o reenvio prejudicial aos tribunais, que a CRP não previu<sup>520</sup>.

Catarina Botelho alude que o mecanismo de controle está em desuso, referindo como limitadores do instituto a legitimação ativa muito restrita, os “efeitos muito tênues” das decisões que se limitam a dar conhecimento da omissão ao órgão competente e as dificuldades interpretativas quanto ao objeto da inconstitucionalidade por omissão.<sup>521</sup>

### *i) Responsabilidade do Estado*

Por fim, ambos os sistemas estabelecem a responsabilidade civil extracontratual do Estado. A redação do dispositivo da CRFB não refere o tipo de conduta, se comissiva ou omissiva, de modo que o entendimento doutrinário e no Supremo Tribunal Federal é no sentido de admitir a responsabilização nas duas hipóteses<sup>522</sup>; a falta de cumprimento dos deveres da administração, ou mesmo o cumprimento parcial ou deficiente, ensejam a incidência da responsabilidade salvo se contatada alguma excludente<sup>523</sup>.

Na CRP é cabível a responsabilização dos agentes públicos em caso de lesão ou prejuízo a direitos, liberdade e garantias de terceiros<sup>524</sup>. Não pende dúvida quanto ao cabimento da responsabilização tanto no caso de ação quanto de omissão, diante da clara redação do artigo 22. Contudo, há divergência doutrinária no que diz respeito à possibilidade de responsabilização no caso de violação aos direitos sociais. Novais entende que incidiria obrigatoriamente em função do Estado de Direito, com ou sem

<sup>520</sup> MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. *RDL – ESMARN* – v. 14, n. 1, jan./jun. 2012, p. 11-46. Em monografia escrita em 1965-1967, o mesmo autor já alertava para o problema específico da omissão legislativa na concretização das normas relativas aos direitos sociais, quando as normas não fossem suficientemente preceptivas e sim mais programáticas: “Pode-se sancionar a ação, mas a omissão já não o pode ser, uma vez que os órgãos previstos para a garantia não sejam competentes para provocar a produção da lei ou dos atos”. MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 76-77.

<sup>521</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 350-351.

<sup>522</sup> RTJ 163/1107.

<sup>523</sup> FREITAS, Juarez. *O direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014, p. 95 e 96-102.

<sup>524</sup> Regulamentado pela Lei n. 67/2007, que não se limita ao controle de atos da administração; prevê também a responsabilidade por danos decorrentes da função jurisdicional e da função político-legislativa.



previsão constitucional; aduz ainda que a lei regulamentadora não distinguiu, prevendo a responsabilização de forma extensiva, sem consignar a especificação.<sup>525</sup>

Sem pretensão de exaustão ou completude, encerra-se este exame comparativo da estrutura constitucional dos ordenamentos brasileiros e português, o qual teve por objetivo traçar um recorte do tratamento dado nos dois sistemas aos direitos sociais e alguns aspectos do seu regime constitucional.

Conclui-se que nas Constituições do Brasil e de Portugal foi conferida relevância aos direitos fundamentais sociais. Da análise comparativa das disposições dos textos constitucionais, constata-se que ambos os países adotaram o princípio social, afirmaram os direitos sociais como direitos fundamentais, consignaram um vasto catálogo de direitos sociais caracterizado pela abertura material e conferiram-lhe mecanismos de tutela protetiva, ainda que de distintas formas e em distinta extensão.

Todavia, é importante examinar o tema da força jurídica conferida aos direitos sociais nos dois ordenamentos jurídicos, dado que a plena eficácia dos direitos fundamentais sociais depende de que, além de reconhecidos, seus conteúdos sejam também concretizados.

Essa ponderação nos conduz ao tema de como se procede à adjudicação dos direitos sociais nos dois ordenamentos jurídico-constitucionais. A fim de indagar sobre como os dois países lidaram com a difícil problemática da efetividade e concretização dos direitos fundamentais sociais, no tópico que segue passa-se a um exame da força jurídica conferida aos direitos sociais nos textos constitucionais de Portugal e do Brasil.

## **2.2 A FORÇA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS NOS SISTEMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS**

A efetividade dos direitos, em tempos de crise mundial, constitui uma dificuldade no que diz respeito à generalidade dos direitos fundamentais, mas atinge especialmente os direitos fundamentais sociais. A maior debilidade dos sistemas de proteção social se relaciona exatamente à baixa efetividade dos direitos sociais, muitas vezes considerados direitos mais débeis ou mesmo meras declarações

---

<sup>525</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 365.

despidas de força vinculativa.

As concepções minimalistas ou desprovidas de *enforcement* contribuem para o déficit de efetividade que se faz presente em relação aos direitos sociais, nos quais muitas vezes é enorme a distância entre a lei posta e a realidade social.<sup>526</sup>

A questão da garantia dos direitos fundamentais sociais pode ser entendida em um sentido político, qual seja, referindo-se às condições socioeconômicas, culturais e políticas que ensejam o exercício dos direitos fundamentais, ou em um sentido mais restrito, de garantias em um sentido jurídico, procedimentos e instituições que possibilitem a reivindicação dos direitos sociais.<sup>527</sup>

Será objeto de reflexão neste tópico a questão da eficácia no segundo sentido posto, ou seja, investigar como se dá a concretização dos conteúdos constitucionais a respeito dos direitos sociais, bem como indagar dos meios de coerção em caso de violação, omissão no cumprimento ou deficiente cumprimento das disposições normativas.

### 2.2.1 A força jurídica dos direitos sociais na CRP

No aspecto da força jurídica a Constituição portuguesa estabelece distintos níveis de proteção e concretização para os direitos, liberdades e garantias e para os direitos econômicos e sociais, sendo dotados os primeiros de um nível mais reforçado de proteção jurídica.

Como primeira e mais importante diferenciação, na CRP os direitos, liberdades e garantias - assim como os direitos fundamentais de natureza análoga a estes - são dotados de aplicabilidade direta (art. 18, 1); vinculam as entidades públicas e privadas (art. 18, 1). Particularizam o tratamento constitucional distinto dos direitos, liberdades e garantias, dentre outros<sup>528</sup>: o fato de constituírem limites materiais à revisão constitucional (art. 288, 'd'); a vedação de suspensão do seu exercício, exceto em caso de estado de sítio ou de emergência e, mesmo assim, de forma condicionada

<sup>526</sup> LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal* 53, 2012, p. 190-247, p. 191.

<sup>527</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 185.

<sup>528</sup> Para o detalhamento do regime especial dos direitos, liberdades e garantias, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 223-337; uma exposição didática se encontra em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 399-400.

(art. 19, 1); devem contar com mecanismo de tutela efetiva, célere e prioritária (art. 20, 5); há o estabelecimento de estritos limites à sua restrição legislativa.

Saliente-se, de principio, que a divisão dogmática adotada na CRP, bem como os diferentes níveis de proteção, não constituem especificidades do texto constitucional português; refiram-se, apenas a título ilustrativo, a existência de dois pactos no âmbito da ONU, PIDESC e PIDCP, que normatizam de forma diversa e com graus diferentes de *enforcement* os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como as disposições da Constituição espanhola, bastante semelhantes neste aspecto.

Conquanto se possa situar, como faz Jorge Miranda, alguma conexão entre a priorização da garantia dos direitos e liberdades fundamentais e o contexto histórico de emergência de regime autoritário<sup>529</sup>, a omissão não foi colmatada por ocasião das reformas e revisões constitucionais levadas a efeito.

Como bem assinalam Katrogaulos e O'Connell<sup>530</sup>, as diferentes formas de tratamento consignadas pelos sistemas políticos aos direitos sociais encerram compromissos políticos conscientes<sup>531</sup>. Nessa linha, sinala Catarina Botelho que o sistema adotado na CRP não constitui opção involuntária, aleatória ou infundada, e sim decorre de distinção derivada de raízes mais profundas, que dizem com as diferentes concepções filosófico-políticas a respeito da própria natureza dos direitos fundamentais e que caracterizam a tensão que permeia a interação entre os valores da liberdade e da igualdade.<sup>532</sup>

Jorge Miranda refere não se configurar no sistema da CRP um regime sistemático explícito para os direitos econômicos, sociais e culturais simétrico ao

<sup>529</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 152.

<sup>530</sup> KATROGAULOS, George; O'CONNELL, Paul. Fundamental social rights. In: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl. (Eds.) *Routledge Handbook of Constitutional Law*. p. 375-385. Oxford: Routledge, 2012, p. .

<sup>531</sup> Lembremos, a propósito dessa questão, e bem refletindo uma concepção restrita acerca dos direitos sociais, a recomendação de temperamento na constitucionalização dos direitos sociais, tal como prelecionada por Böckenförde, que entendia que, quando houvesse a inserção nos textos constitucionais dos direitos sociais, não poderia ser dada forma de proteção e garantia idêntica àquela conferida aos direitos fundamentais de liberdade, devido a sua diferença estrutural. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Luis Requejo Pages e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75 e 82.

<sup>532</sup> Em seu livro, a autora alinha em um cuidadoso trabalho de pesquisa as distintas teorias sobre a categorização dicotômica e unitária dos direitos fundamentais, sinalando também as diferentes posições intermédias. Ver BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 277-294.

regime dos direitos, liberdades e garantias, distinguindo-se diferentes níveis de proteção.<sup>533</sup>

A respeito do tema, a doutrina portuguesa se divide, ora identificando haver um, dois ou três regimes para os direitos fundamentais. Uma primeira concepção defende que não há dois regimes distintos para tipos de direitos distintos e sim um regime único geral aplicável a todos os direitos e um regime especial conferindo a alguns direitos uma proteção especialmente reforçada, um ‘mais’ a estes, sem que os demais restem rebaixados, dado que são todos seriam igualmente fundamentais.<sup>534</sup> Outra concepção entende que há dois regimes distintos para dois grupos diversos de direitos<sup>535</sup> ou mesmo distinguindo-se vários distintos níveis de proteção<sup>536</sup>.

De forma consentânea com a diferenciação de regime traçada no texto constitucional, o entendimento doutrinário predominante tende a estabelecer uma bifurcação entre os direitos fundamentais, quanto à sua eficácia.

Gomes Canotilho em sua tese de doutorado muito conhecida no Brasil referia que a CRP elencou um vasto catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como estabeleceu, em função dele, um “caderno de encargos” na forma de “imposições legiferantes”; por tal razão em Portugal, o problema da dependência de efetivação legal assume uma dimensão constitucional mais profunda do que nos

<sup>533</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 383.

<sup>534</sup> Nessa linha, CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 120.

<sup>535</sup> Por todos: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 381.

<sup>536</sup> Jorge Miranda concebe diversos níveis de proteção de acordo com as diferentes estruturas dos direitos, concebendo um escalonamento, o qual, em ordem decrescente de consistência e proteção jurídica, se daria nos seguintes termos: (1) direitos, liberdades e garantias do art. 19, 6, insuscetíveis de suspensão mesmo em estado de sítio; (2) direitos, liberdades e garantias dos título I e II da parte I da CRP, que se beneficiam do regime substantivo, orgânico e constituem limites materiais de revisão constitucional; (3) direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, que aproveitam apenas o regime material dos direitos, liberdades e garantias; (4) direitos dos trabalhadores que não estejam incluídos nos direitos, liberdades e garantias, que também constituem limites materiais de revisão constitucional; (5) direitos econômicos, sociais e culturais que constem da Constituição e da DUDH, que constituem limites materiais de revisão constitucional; (6) restantes direitos econômicos, sociais e culturais, sujeitos ao regime próprio; (7) direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias constantes de leis ou de regras de Direito Internacional, que se beneficiam parcialmente do regime dos direitos, liberdades e garantias; (8) outros direitos fundamentais constantes de leis ou de regras de Direito Internacional. O regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais pauta-se pelos princípios da exigência de efetivação pública, da iniciativa social, da democracia participativa, da reserva do possível, atendendo ainda a relevância relativa das condições econômicas dos titulares. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 155-156.

sistemas em que as constituições não traçam tão extensas previsões, ou somente se amparem em princípios (cláusulas) de sociabilidade.<sup>537</sup> Entendia que no sistema da CRP os direitos econômicos, sociais e culturais somente se tornavam verdadeiros direitos subjetivos com a realização pelo legislador; a inércia legislativa configuraria omissão inconstitucional<sup>538</sup>.

Assim, embora se reconheça a possibilidade de admissão de alguma aplicabilidade imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais, a sua concreção depende de atuação legislativa. A respeito destaca Vieira de Andrade que aplicabilidade direta e exequibilidade imediata têm significados distintos, havendo direitos que são diretamente aplicáveis mas não são imediatamente exequíveis, dependendo da intervenção do Estado por meio de atuação legislativa<sup>539</sup>.

Refira-se inicialmente, como ponto de partida, que dentre os direitos fundamentais de natureza análoga aos quais se aplica o mesmo regime de aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias, podem ser encontrados direitos sociais, econômicos e culturais. Canotilho e Moreira referem, dentre outros, como direitos análogos os direitos de descanso semanal, o limite máximo da jornada de trabalho, o direito de licença das mulheres para o parto, o direito ao ensino básico<sup>540</sup>.

Quando não se tratar de direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, a solução será diversa. O tema não é livre de controvérsias, encontrando-se a respeito, várias concepções na doutrina, na forma que se passa a expor.

Carlos Blanco de Moraes considera haver uma distinção radical de regimes, uma “operatividade diversiforme das normas constitucionais que garantem direitos de

<sup>537</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 379. Posteriormente, o mesmo autor explicitaria que “a expressa consagração constitucional de direitos econômicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um ‘modus’ de normatização uniforme, ou seja, uma estrutura homogênea para todos os direitos. Alguns direitos econômicos, culturais e sociais, são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade); outros são direitos a prestações dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos (ex.: direito à saúde, direito ao ensino). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 435-436, grifos no original.

<sup>538</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 942.

<sup>539</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 210. A respeito do tema, ver, no Brasil, a clássica e pioneira obra de José Afonso da Silva, cuja primeira edição data de 1967, sobre que concebe a eficácia e aplicabilidade, como fenômenos conexos, sendo a primeira traduzida como potencialidade de produção de efeitos e a segunda como realizabilidade prática. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60.

<sup>540</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 125-126.

liberdade e direitos sociais”<sup>541</sup>, sendo estes últimos enunciados em normas programáticas as quais não se reconhece exequibilidade, com a ressalva apenas de alguns direitos sociais ‘híbridos’ que se revestem de natureza análoga aos direitos de liberdade<sup>542</sup>.

Isabel Moreira entende que tantos os direitos, liberdades e garantias quanto os direitos económicos, sociais e culturais gozam de aplicabilidade direta. De um lado, assevera que a aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias não é tão reforçada quanto uma avaliação rasa poderia supor, dado que dela não decorre automaticamente a transformação destes em direitos subjetivos, concretos e definidos. E, de outro lado, a maior programaticidade das normas de direitos sociais decorre da diferente estrutura normativa estabelecida em virtude do bem a que visam proteger e do perigo que pretendem evitar; mas nem por isso resta diminuída a juridicidade ou prejudicada a dimensão subjetiva.<sup>543</sup>

Para Casalta Nabais, os preceitos relativos aos direitos sociais vinculam apenas o legislador e de forma dupla: está obrigado *positivamente* a dar conteúdo a esses direitos, e por outro lado, negativamente, a respeitar a sua consagração constitucional e o seu conteúdo mínimo; uma vez que os direitos sociais estejam concretizados legalmente, a revogação da lei não é incondicionada, devendo ser respeitados o nível de concretização legal sedimentado na consciência comunitária<sup>544</sup>. Contudo, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais não são diretamente aplicáveis pelos operadores, necessitando da intermediação legislativa, salvo as exceções referidas; também não estão protegidos de revisão constitucional.

<sup>545</sup>

Manuel Afonso Vaz, sobre o enquadramento jurídico dos direitos económicos, sociais e culturais, estabelece uma distinção entre direitos sob reserva da Constituição e outros preceitos constitucionais que enunciam um direito como fundamental mas não preceituam a medida constitucional do direito. Os direitos sociais seriam direitos

<sup>541</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 709.

<sup>542</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 588-589.

<sup>543</sup> MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 89.

<sup>544</sup> NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 80.

<sup>545</sup> NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 71-72.

do segundo tipo, não estando sua medida na 'autoria constitucional' e sim na esfera de disponibilidade do legislador.<sup>546</sup>

Uma elaborada construção é feita por Vieira de Andrade, que entende que as normas que preveem os direitos sociais a prestações são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir as prestações, dado que seria pressuposta a necessidade da elaboração legislativa. Considera que as normas têm força jurídica e vinculam, contudo essa vinculatividade se dá no sentido estrito, de imposição do dever de legislar.<sup>547</sup>

Em outras palavras, nessas disposições, o alcance da aplicabilidade direta não implica a exequibilidade direta. A norma se dirige ao legislador, impondo-lhe uma atuação, que ademais de obrigatória, é vinculada. O legislador fica, em decorrência da previsão normativa, jungido a uma deverosidade estrita.<sup>548</sup>

Ainda assim, destacava que os preceitos relativos aos direitos sociais não são meramente proclamatórios, sendo dotados, no mínimo, da força jurídica comum a todas as normas constitucionais.<sup>549</sup> Desse modo, identifica os desdobramentos das dimensões da força jurídica dos direitos fundamentais sociais, na forma que se passa a detalhar.

Primeiro, os direitos sociais constituem uma imposição concreta para o legislador, de torná-los efetivos; em caso de descumprimento pelo legislador, restaria configurada a inconstitucionalidade por omissão.

Uma segunda faceta da força normativa dos direitos sociais é que constituem um padrão de controle jurídico, tanto abrindo espaço para o controle judicial da constitucionalidade das normas quanto se constituindo como fator de interpretação normativa – dentre várias opções interpretativas, deve ser adotada aquela que veicule a solução mais favorável ao direito fundamental social.

Como terceiro característico da força normativa dos direitos sociais, constituem fundamento de potencial restrição ou limitação a outros direitos fundamentais, mesmo dos direitos, liberdades e garantias, especialmente quando

---

<sup>546</sup> VAZ, Manuel Afonso. O enquadramento jurídico-constitucional dos “direitos econômicos, sociais e culturais”. *Juris et de Jure* - nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP - Porto. Porto, 1998, p. 435-451, p. 442-445.

<sup>547</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 387.

<sup>548</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 210.

<sup>549</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 392-393.

tutelados pela imposição constitucional de deveres de proteção.

Por fim, os direitos fundamentais sociais são dotados de força irradiante, que lhes confere capacidade de resistência dos direitos derivados a prestações às mudanças normativas que impliquem redução do grau de proteção já conformado pelo legislador.<sup>550</sup>

Contudo, ressalva que sempre deve ser levado em consideração que os direitos fundamentais sociais têm sua ‘referência imediata’ na dignidade da pessoa humana. Ainda, vários dos direitos sociais apresentam uma determinação intensa de conteúdo, aproximando-se do regime de aplicabilidade direta reservado aos direitos, liberdades e garantias. Também gozam do mesmo regime protetivo mais reforçado os direitos econômicos, sociais e culturais que são considerados de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias<sup>551</sup>.

Assevera Vieira de Andrade que quando o texto da Constituição, em relação aos direitos prestacionais, traçar imposições concretas, obrigando à prestação legislativa vinculada, na inexistência da lei cabe o controle judicial da inconstitucionalidade por omissão, não sendo, entretanto, admissível a aplicação direta pelo judiciário.

Excepcionalmente, seria admissível que o juiz pudesse declarar a existência, conteúdo e limites do direito, inclusive e eventualmente condenar concretamente o Estado à prestação. Entretanto, para que tal se configurasse, seria necessária a combinação de dois fatores: (a) que se tratasse de uma prestação jurídica relativa a serviços existentes e cujos pressupostos sejam facilmente extensíveis; (b) que estivesse em causa “o conteúdo mínimo dos direitos sociais prestacionais, nomeadamente em situações de necessidade ou injustiça extremas”, constituindo-se em recurso como uma espécie de “válvula de segurança”<sup>552</sup>.

Em texto recente, reitera o reconhecimento de força jurídica aos direitos sociais, posicionando-se no sentido de que os direitos econômicos, sociais e culturais insculpidos no texto constitucional português devem ser concebidos como “verdadeiros direitos e não apenas como objetivos de atuação estatal”<sup>553</sup>.

---

<sup>550</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 393.

<sup>551</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 388.

<sup>552</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 398.

<sup>553</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do Estado na sociedade e na socialidade. In:



Também Cristina Queiroz defende a existência de um núcleo indisponível dos direitos sociais (assim como dos direitos, liberdades e garantias), sendo que algumas previsões podem se constituir em autênticos direitos a prestações, potencialmente ensejando pretensões subjetivas juridicamente reconhecidas<sup>554</sup>.

A posição de Catarina Botelho é no sentido de que as normas relativas aos direitos sociais são dotadas de aplicabilidade direta. Entretanto, a autora preocupa-se em sinalar que a aplicabilidade direta da norma relativa a direitos sociais não implica necessariamente a exequibilidade imediata: a medida da exequibilidade é condicionada à previsão normativa. Assim, entre vários tipos de normas, há algumas que são preceptivas e imediatamente exequíveis, encerrando conteúdo em si determinável, o que torna dispensável a intervenção legislativa. Em outros casos, as normas não são exequíveis por si mesmas, demandando intermediação legislativa para sua operacionalidade prática; exemplos desse tipo seriam as normas com a formulação que remete à complementação ao legislador, expressando-se, dentre outras, pelas típicas fórmulas ‘nos termos da lei’, ‘nos casos previstos em lei’<sup>555</sup> – as quais, diga-se de passagem, são muito usadas também no texto constitucional brasileiro.

A autora parte da lição de Rui Medeiros no sentido de que os direitos fundamentais na sua dimensão axiológica constituem um sistema caracterizado pela unidade, pela indivisibilidade e não hierarquização, mas que essa dimensão axiológica não se confunde com a vertente estrutural dos direitos fundamentais, esta claramente disposta no texto da CRP que separou estruturalmente os direitos fundamentais, dotando os direitos, liberdades e garantias de normatividade reforçada.

Argumenta que a distinção entre normas programáticas e normas preceptivas não reside na sua vinculatividade, mas sim no nível de estrutura e projeção dessas normas no ordenamento jurídico; a falta de determinabilidade constitucional das normas representa uma opção consciente do legislador constituinte por uma maior abertura constitucional para diferentes manifestações de vontade popular, a qual é necessária inclusive em função de variáveis econômicas e sociais<sup>556</sup>. Rejeita a tese

---

LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *A economia social e civil. Estudos*. Vol. 1, jul. 2017. Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 23-42, p. 32.

<sup>554</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 203.

<sup>555</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 299-300.

<sup>556</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas*

da dicotomia radical e conclui pela indivisibilidade material dos direitos fundamentais, imbricados em uma relação de “interação estrutural”, caracterizada pela interdependência, interconexão e complementaridade<sup>557</sup>.

Por fim, destaque-se a posição de Jorge Reis Novais,<sup>558</sup> que defende uma dogmática unitária de direitos fundamentais; para este autor, tudo o que é “dogmaticamente aplicável aos direitos de liberdade, às suas diferentes modalidades e nas várias dimensões juridicamente relevantes, é exatamente aplicável, na mesma medida e com idênticos condicionamentos, às correspondentes modalidades e dimensões dos direitos sociais”.<sup>559</sup> Assim, a previsão de regimes constitucionais distintos de proteção e concreção entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos e sociais deve ser compreendida em função de dois critérios: a diferenciada determinabilidade de conteúdo constitucional dos direitos, bem como a natureza dos deveres estatais que ensejam, “com a consequente diferença da natureza das reservas que os afetam”.<sup>560</sup>

Como se verifica, o tema da força jurídica dos direitos económicos, sociais e culturais em Portugal é questão que suscita muitas polémicas. Ainda que haja corrente doutrinária defendendo “o fim de uma clivagem radical”,<sup>561</sup> em função das disposições da CRP, reconhece-se um nível menos reforçado de proteção, quando comparado com a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias, havendo alguma *comunicabilidade*<sup>562</sup> entre os regimes notadamente quando os direitos sociais possam ser considerados como sendo de natureza análoga a estes.

## 2.2.2 A força jurídica dos direitos sociais na CRFB

---

programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 301.

<sup>557</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 313-322.

<sup>558</sup> E também em certa medida por Isabel Moreira. MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 239 e ss.

<sup>559</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 267.

<sup>560</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 251-331.

<sup>561</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 283.

<sup>562</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 307-313; Isabel Moreira refere a configuração de uma “separação comunicante”. MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 174 e ss.

A forma de construção dos direitos fundamentais na CRFB evidencia elementos distintivos específicos que estabelecem um regime determinado, marcando a peculiaridade do texto constitucional brasileiro em relação à CRP e a outros textos constitucionais.

De um lado, a CRFB não estabeleceu uma estruturação diferenciada entre os direitos fundamentais. Os direitos sociais foram incluídos no Título II da Constituição, no catálogo de direitos e garantias fundamentais, havendo um único regime jurídico-constitucional para todos os direitos fundamentais. Não houve previsão de um regime distinto para os direitos e garantias individuais.

Além da idêntica força jurídica a todos os direitos fundamentais, o texto constitucional brasileiro traçou um esquema protetivo único de mecanismos e garantias, sem priorização ou exclusão de nenhum direito fundamental. Assim, na constituição brasileira o regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais como um todo se constitui marcado pela indivisibilidade dos direitos.

Ainda, no que toca à aplicabilidade, o parágrafo 1º do artigo 5º da CRFB estabelece que têm “aplicação imediata” as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Em que pese tal disposição tenha sido inserida no artigo 5º, no capítulo referente aos deveres individuais e coletivos, a formulação ampla e genérica “direitos e garantias fundamentais” conduz à conclusão que a aplicabilidade imediata se estende a todos os direitos fundamentais, não só aos direitos individuais e coletivos.

Ingo Sarlet refere que essa conclusão é reforçada por uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo em questão, que denota que o constituinte não pretendeu limitar a aplicação imediata aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º. Uma compreensão restritiva conduziria à inaceitável conclusão de que além dos direitos econômicos, sociais e culturais, também não seriam dotados de aplicabilidade imediata nem os direitos políticos, nem os direitos de nacionalidade. Além disso, estariam excluídas da aplicação imediata também as liberdades sociais que em nossa estrutura constitucional não se compreendem no artigo 5º relativo aos direitos e garantias individuais, mas no artigo 7º, arroladas como direitos sociais. Assim é que a doutrina e a jurisprudência brasileira acolhem, muito amplamente, a

aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais<sup>563</sup>.

No plano da aplicabilidade, ainda sem adentrar na questão da eficácia, em função do reconhecimento da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais sociais mesmo quando eventualmente seja necessária a interposição legislativa<sup>564</sup>, decorrem efeitos que Ingo Sarlet detalha na forma que segue<sup>565</sup>.

Primeiro, da aplicabilidade direta decorre a revogação dos atos normativos que não estejam em conformidade com o direito fundamental. Segundo, representam imposições concretas para o legislador, que fica obrigado a realizar os programas constitucionais, e mais do que isso, a observar materialmente os parâmetros definidores nas normas constitucionais. E, como já referido, na hipótese de não cumprimento, cabe o recurso aos mecanismos constitucionais de controle das omissões inconstitucionais. Um terceiro efeito decorrente da aplicabilidade imediata das normas constitucionais referentes aos direitos sociais é que acarretam a inconstitucionalidade dos atos normativos contrários ao conteúdo dos direitos fundamentais. Ainda, os direitos fundamentais sociais constituem parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas. Identifica ainda Ingo Sarlet que os direitos fundamentais sociais sempre geram algum tipo de posição jurídico-positiva, mesmo quando a sua plena eficácia demande a atuação do legislador. Por fim, refere o autor que um dos possíveis efeitos seria, quanto à norma já concretizada por interposição legislativa, o de impedir a retroação das posições jurídicas já consolidadas em lei, ou seja, a vedação de retrocesso.<sup>566</sup>

Entende-se assim, pela aplicabilidade direta dos direitos sociais no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Contudo, conforme a clássica lição de José Afonso

<sup>563</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 270 e ss.; PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

<sup>564</sup> Em texto instigador publicado originalmente em 1993 na revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Ruy Ruschel destacando os impasses que então começavam a surgir quanto às previsões constitucionais relativas aos direitos sociais, enfatizando o viés ideológico da consideração dos direitos sociais como meras promessas não auto-aplicáveis. RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em tempos de crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997, p. 137-142.

<sup>565</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 303-307.

<sup>566</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 307.

da Silva, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, sendo a primeira traduzida como potencialidade de produção de efeitos e a segunda como realizabilidade prática.<sup>567</sup> Assim, em prosseguimento, examina-se como se desenvolve a eficácia dos direitos fundamentais sociais no sistema da Constituição brasileira.

A respeito, cabe referir que ainda que todos os direitos sociais, inclusive os prestacionais, na sua qualidade de direitos fundamentais, sejam reconhecidos como diretamente aplicáveis no sistema jurídico-constitucional brasileiro, não decorre que todos devam receber o mesmo tratamento jurídico, nem conduz à conclusão de que todos os direitos sociais sejam imediatamente exigíveis.

Configuram-se distinções no plano da eficácia dos direitos fundamentais constitucionais, tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais, distinções essa que se relacionam mais à forma de positivação do que propriamente à categoria de direitos estabelecidos. O que vai determinar a exigibilidade imediata é o conteúdo da norma constitucional; a natureza da previsão inserta na norma é que vai estabelecer a sua potencialidade de produzir efeitos imediatos ou não.

A presunção é de eficácia plena, contudo, destaca Ingo Sarlet que a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais não se resolvem sob uma lógica de tudo ou nada. Entende que a máxima efetividade constitui um mandado de otimização, no sentido posto por Alexy, de modo a impor aos órgãos do Estado o reconhecimento dos direitos fundamentais com a máxima eficácia possível.<sup>568</sup>

No recorte que interessa ao presente trabalho, distinguem-se previsões relativas aos direitos econômicos sociais e culturais que comportam diferentes níveis e modos de concretização. Há direitos econômicos, sociais e culturais que estão inseridos no texto constitucional de forma que permite a sua concretização imediata, em todos os seus elementos e desdobramentos, dispensando a elaboração legislativa para produzir efeitos. Tal ocorre quando as previsões constitucionais são de alta

---

<sup>567</sup> Nessa obra, o autor distingue entre normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. De eficácia plena seriam aquelas normas que diretamente da enunciação constitucional são aptas a produzir todos os efeitos essenciais; de eficácia contida seriam aquelas normas nas quais o constituinte estatuiu as linhas essenciais, mas deixou margem à elaboração legislativa; por fim, as normas de eficácia limitada necessitam de uma normatividade legal que lhes desenvolva a aplicabilidade, sendo compreendidas em duas categorias: normas declaratórias de princípio ou organizativas e normas declaratórias de princípio programático. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 59-60, p. 82-87 e ss.

<sup>568</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 269 e ss.

densidade normativa, ou seja, já contêm todos os elementos para a sua eficácia, defluindo diretamente do texto constitucional um direito subjetivo ao titular, apto a ser exercido e exigido perante os poderes do Estado. Seriam normas de eficácia plena. Em outros casos, as normas têm grau de mais baixa densidade normativa, sendo a exequibilidade condicionada a uma elaboração legislativa.

Há uma coexistência entre normas constitucionais de diferentes densidades em relação aos direitos fundamentais, sejam direito civis e políticos sejam os direitos sociais, sendo algumas imediatamente eficazes e outras normas necessitando da interposição legislativa. Não quer dizer que essas últimas normas não teriam aptidão de produzir efeitos. Produzem efeitos, como antes detalhado, entretanto não geram a possibilidade de exigência imediata direta pelos seus titulares.

Como se verifica, e neste ponto conclui-se este tópico, constata-se, que, quanto à força jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais há uma assimetria entre os dois sistemas. Se no sistema brasileiro em face da proteção conferida na CRFB o entendimento doutrinário e jurisprudencial se inclina no sentido do reconhecimento da aplicabilidade plena e exequibilidade imediata das disposições relativas aos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, em Portugal, em função das disposições da CRP, reconhece-se um nível mais débil de proteção.

Dessa assimetria decorrem diferentes consequências acerca do conteúdo das tarefas estatais quanto à concretização dos direitos fundamentais, tema que será tratado no tópico que segue.

### **2.3 A TUTELA MULTI-INSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Entre Estado de Direito e direitos fundamentais, conforme já assinalado na primeira parte deste trabalho, há um nexo de interdependência genético e funcional, dado que, para que o Estado se qualifique como de Direito, deve reconhecer e respeitar os direitos fundamentais, sendo que, por outro lado, a realização dos direitos fundamentais pressupõe um Estado de Direito<sup>569</sup>.

O Estado moderno se constituiu a partir da conjugação do valor democracia e dos direitos fundamentais, o que impõe um *travail d'imposition*<sup>570</sup> de um modelo de

---

<sup>569</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19.

<sup>570</sup> CHEVALLIER, Jacques. Propos introductif. In: LOCHAK, Danièle. *Mutations de l'État et*

organização político fundado nessa tríplice imbricação. Em outras palavras: os direitos fundamentais devem orientar toda a organização do Estado.

Por outro lado, a efetivação dos conteúdos constitucionais de todos os direitos fundamentais, sejam direitos civis e políticos, sejam direitos econômicos, sociais e culturais, sejam os direitos de dimensões mais recentes, depende de atuação do Estado<sup>571</sup>. Em resumo, concretizar os direitos fundamentais requer “*decisive government performance*”.<sup>572</sup>

O trabalho de concretização da norma constitucional, naturalmente aberta, determinada e polissêmica, para Gomes Canotilho, comporta diferentes níveis, sendo necessária comumentemente a convergência concretizadora das instâncias legislativa, judicial e administrativa. Dentre as diferentes funções concretizadoras, há um nível primário de concretização, que diz com os princípios gerais e especiais e normas da constituição que densificam outros princípios. A seguir, em um segundo momento, em nível político-legislativo de concretização, estão os atos legislativos, nos quais por meio de decisões políticas convertidas em leis operam a densificação normativa que realiza os preceitos da constituição. Por fim, em nível executivo e jurisdicional, se desenvolve o “trabalho concretizador” no qual se busca chegar a uma norma de decisão para o caso concreto tanto em nível regulamentar quanto na decisão administrativa ou judicial solucionadora dos casos concretos.<sup>573</sup>

Em se tratando de direitos fundamentais a ação estatal de conformação do sistema jurídico-constitucional deve levar em consideração as funções específicas desses direitos. Refere Canotilho como primeiro característico dos direitos fundamentais a função de defesa, ou de liberdade, que veda ao Estado as intervenções indevidas, e que assume uma dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes

---

*protection des droits de l'homme*. Nanterre: Presses Universitaires de Paris Nanterre, 2007. Disponível em: <http://books.openedition.org/pupo/1371>.

<sup>571</sup> SILVA, Vasco Pereira da. “Todos diferentes, todos iguais”. Breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. *Direitos fundamentais e justiça*, ano 5, n. 16, p. 23-51, jul./set. 2011, p. 38.

<sup>572</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 51.

<sup>573</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1.095-1096.

públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>574</sup>

Os direitos fundamentais também têm função de proteção perante terceiros, que impõe a concretização das normas de regulação das relações sociais de forma a assegurar a sua observação, a qual também se aplica aos direitos económicos, sociais e culturais.

Uma terceira função extremamente relevante é a função de não discriminação. Do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na Constituição “[...] a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais” a qual se estende a todos os direitos, aplicando-se tanto aos direitos, liberdades e garantias pessoais, como aos direitos de participação política, aos direitos dos trabalhadores e aos direitos a prestações.<sup>575</sup>

A respeito da vedação de discriminação, consta previsão expressa no artigo 2.2 do PIDESC:

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação económica, nascimento ou qualquer outra situação.

Abramovich e Courtis referem que essa função constitui um dos princípios mais importantes a impor obrigações negativas ao Estado.<sup>576</sup>

Especificamente em relação à função prestacional dos direitos económicos sociais e culturais, refere Canotilho que se identificam três núcleos problemáticos dos direitos económicos, sociais e culturais: o primeiro diz respeito aos direitos sociais originários, ou seja, direitos que decorrem diretamente das normas constitucionais, permitem que o titular desde logo possa reivindicar uma pretensão prestacional direta; o segundo refere-se à questão dos direitos sociais derivados, que demandam interposição legislativa; por fim, um terceiro ponto problemático se refere às políticas sociais públicas constitucionalmente determinadas necessárias à proteção dos

<sup>574</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 373.

<sup>575</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 375.

<sup>576</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 52.



direitos sociais<sup>577</sup>.

Peces-Barba Martinez destaca que na origem dos sistemas políticos modernos e do Estado se pode identificar um modelo de deveres recíprocos, tanto dos cidadãos quanto dos governantes, entrelaçando as origens do poder e sua função e o papel que os cidadãos desempenham; se nas origens do Estado Liberal os deveres estatais se limitavam à garantia da ação dos particulares, no Estado Social se agrega a ação positiva dos poderes públicos para promover as ações de igualdade.<sup>578</sup>

E para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se exige participação muito intensa do Estado, pois, como salientam Abramovich e Courtis, o que caracteriza esses direitos é envolver um amplo espectro de obrigações estatais.<sup>579</sup> Compete ao Estado impulsionar a reunião dos elementos necessários à realização dos direitos sociais, o que envolve disponibilizar não apenas recursos financeiros mas também recursos humanos, tecnologia e recursos naturais.

Guardadas as devidas cautelas em função da já sublinhada diferença de regimes dos direitos sociais nos sistemas brasileiro e português, como se verificou, nos dois regimes as normas de cunho programático são dotadas de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais sociais, de modo que implicam efeitos e conduzem a que decorram deveres para o Estado.

Reis Novais assim define o complexo de deveres estatais em relação aos direitos sociais:

Portanto, e uma vez que respeitam a bens de que as nossas sociedades não dispõem em abundância, mas que são indispensáveis ao bem-estar e a uma vida digna, tais normas impõem ao Estado, não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens que os particulares alcançam através de meios próprios, não apenas a garantia geral e abstrata de acesso a esses bens por parte de todos os indivíduos, como acontece com todos os direitos fundamentais, mas também a realização de prestações fáticas destinadas a promover o acesso a esses bens econômicos, sociais ou culturais a quem não dispõe de recursos próprios para os alcançar.<sup>580</sup>

<sup>577</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p.374.

<sup>578</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987, p. 337-338.

<sup>579</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 46.

<sup>580</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42.

Pontua o autor que os direitos sociais representaram uma viragem nos deveres estatais, inserindo um novo dever, o dever geral de promoção:

As preocupações com a efetividade institucional, com a participação igualitária, com a igualdade fática e não meramente jurídico-formal, à luz de uma nova concepção global de dignidade da pessoa humana, que, num processo conhecido, haviam conduzido à *chegada* dos direitos sociais às Constituições, invadiram também as concepções gerais sobre os direitos fundamentais, incluindo uma reconversão profunda do próprio elenco dos direitos de liberdade (com a desvalorização relativa do direito de propriedade) e modificações sensíveis na forma de conceber os deveres que, das respectivas normas constitucionais de protecção, se impunham ao Estado. Essas mudanças reflectiram-se numa complexificação e diversificação dos tradicionais deveres de respeito e protecção, mas, sobretudo, geraram ainda o surgimento e desenvolvimento de um *novo* dever geral de promoção dos direitos fundamentais consentâneo com a posição interventiva do Estado social de Direito.<sup>581</sup>

Sinteticamente, a atuação positiva do Estado para proteger os direitos fundamentais sociais se estrutura em diferentes níveis de obrigações, correspondentes aos deveres de respeito, de protecção e de satisfação, conforme a fórmula consagrada no Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>582</sup>.

Como já referido, os sistemas constitucionais brasileiro e português outorgam aos direitos económicos, sociais e culturais diferentes tratamentos e regimes diversos, bifurcação essa que repercute também e especialmente com relação à efetivação dos direitos sociais pelo Estado.

No sistema português, a exigibilidade imediata dos direitos sociais prestacionais é mais restrita. Lembre-se, a respeito, a concepção de Vieira de Andrade, no sentido de que no sistema da CRP os direitos sociais a prestações, como regra, não são imediatamente exigíveis. Unicamente em carácter de exceção se equiparam a direitos, liberdades e garantias e podem se tornar imediatamente exigíveis, quando sejam constitucionalizados mediante certo 'modo de positivação' ou se refiram a valores básicos de sobrevivência digna. Para o autor, os direitos derivados a prestações, salvo nos casos excepcionais de constitucionalização, "são direitos legais que não integram o conjunto material dos direitos fundamentais"<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 257, grifos no original.

<sup>582</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42.

<sup>583</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 411-412.

Já na sistemática da Constituição brasileira, especialmente em função da ampla aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e da não diferenciação de regime, a carga eficaz é mais densa, o que acarreta repercussão em relação às funções do Estado e também, como adiante se verá, quanto à possibilidade de controle judicial.

Para Novais a tendência mais comum é que os direitos sociais sejam considerados na sua dimensão mais aparente, como direitos que ensejam uma prestação fática com custo financeiro direito, enquanto que os direitos de liberdade são mais vistos exclusivamente na sua dimensão negativa, como direitos de defesa, e portanto sem custos. Daí decorre que seriam de aplicabilidade direta e plenamente justiciáveis<sup>584</sup>.

Contudo, tais compreensões são redutoras e não apreendem a totalidade, a multiplicidade e a complexidade da natureza de todos os direitos sociais fundamentais.

Conforme a clássica concepção de Robert Alexy, as normas de direitos sociais fundamentais podem, do ponto de vista teórico-estrutural, assim se materializarem: (a) podem conferir direitos subjetivos ou obrigar o Estado só objetivamente; (b) podem ser vinculantes ou podem ser não vinculantes, estas compreendendo as normas programáticas; (c) podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*. Da combinação decorrem vários níveis de força jurídica, que vão desde a garantia de direitos subjetivos prestacionais definitivos até as normas não vinculantes que fundamentam um mero dever objetivo de outorgar prestações<sup>585</sup>.

Assim, ainda que a mais conhecida dimensão dos direitos sociais seja realmente a de ensejar uma prestação fática com custo financeiro direito, essa característica não esgota os direitos sociais que são um todo muito mais amplo, e não impõem só deveres de promover, mas também de respeitar e proteger.

Por outro lado, os direitos de liberdade também encerram dimensões de proteção e promoção que exigem atuação estatal e custos e cuja determinabilidade, aplicabilidade, e conseqüentemente também a judiciabilidade, são mais atenuadas<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43-44.

<sup>585</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 444-445.

<sup>586</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43-44.

Assim é que, por exemplo, a realização de eleições demanda altos custos públicos; a garantia da segurança exige a manutenção de serviços públicos de policiamento; ao direito de acesso à justiça corresponde o dever de manter organizados os serviços judiciários.

É importante ressaltar que, ainda que seja o Estado por natureza o destinatário das imposições prestacionais dos direitos sociais, a vinculação aos direitos fundamentais sociais também atinge os particulares, podendo-se supor que se configuram “deveres fundamentais sociais” distribuídos de forma compartilhada entre a sociedade e o Estado. Na síntese de Robert Alexy, as normas de direito fundamental têm influência não só na relação dos cidadãos com o Estado, mas também geram efeitos entre terceiros.<sup>587</sup> Dada a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, os deveres de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais se impõem a toda a sociedade, inclusive em relação aos particulares.

Dito de outro modo, os direitos fundamentais não são uma via de mão única, não geram só direitos para o cidadão e deveres para o Estado. Correspondem também ao cidadão – e eventualmente até ao próprio destinatário das prestações sociais<sup>588</sup> - deveres fundamentais,<sup>589</sup> cuja previsão inclusive foi incorporada a alguns

<sup>587</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 464-467.

<sup>588</sup> Quanto a este particular, cabe referir a lição de José Loureiro sobre os deveres correspondentes aos direitos no âmbito da seguridade social, quando, ao detalhar os deveres pessoais e estatais, refere que, no âmbito dos deveres pessoais, insere-se o dever fundamental de contribuir para assegurar o financiamento das prestações da previdência social; além do que se poderia cogitar de um dever de colaboração com a segurança social ou outras instituições prestadoras, no sentido de que, sempre que possível, o beneficiário deve colaborar para fazer cessar a prestação. LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 184-185.

<sup>589</sup> Muito propriamente, Casalta Nabais refere que em tempos em que o discurso predominante é o da garantia da liberdade e dos direitos, foram esquecidos os deveres que correspondem a cada pessoa, os quais constituiriam a ‘face oculta do estatuto constitucional’. Refere que os deveres e os direitos devem estar no mesmo nível, sem que uns assumam posição de preponderância sobre os outros. Nabais distingue vários tipos de deveres fundamentais para os particulares, que, em última instância, seriam sempre deveres para com a sociedade. Há deveres fundamentais “clássicos”, que dizem com a existência e o funcionamento da sociedade, dos quais seriam exemplos o serviço militar, o dever de pagar tributos, os deveres políticos, inclusive o de voto e o dever de colaborar com a administração. Outros deveres são correspondentes ao Estado Social, como defender e promover a saúde, dever de escolaridade obrigatória, dever de defender e preservar o património cultural, podendo-se pensar em admitir, inclusive, no caso dos deveres ecológicos, mais do que deveres para com uma comunidade nacional determinada, deveres para com toda a humanidade. Há também deveres cujo titular ativo são categorias ou grupos de pessoas enquanto titulares de direitos fundamentais, e por fim há espécies de direitos-deveres que impõem também obrigações ao titular do direito. NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 166 e 294-296. Carlos Herrera destaca que nem sempre há necessidade de ações específicas ao Estado para proteção dos direitos

textos constitucionais.<sup>590</sup> Refira-se, para constar, que, em tempos de globalização e de sociedade de risco, vêm crescendo concepções que admitem de forma mais extensiva a eficácia dos direitos sociais em relação aos particulares<sup>591</sup>.

No que toca aos deveres fundamentais em relação aos direitos sociais, em que pese se trate de matéria controversa<sup>592</sup>, parecem ser justificáveis com fundamento na solidariedade horizontal, inclusive em face das limitações naturais do Estado, em virtude da escassez de meios, à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>593</sup>. Na acepção de Vieira de Andrade, esses deveres fundamentais significam “que o homem não existe isoladamente, nem a sua liberdade é absoluta e que os indivíduos são responsáveis no campo político, econômico, social e cultural pela

---

sociais, havendo direitos que impõem uma atitude abstencionista e também em outros casos implica o respeito aos direitos sociais por terceiros. HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

<sup>590</sup> Peces-Barba Martínez destaca que muitos textos constitucionais mais recentes incorporaram os deveres fundamentais dos cidadãos, especialmente em relação ao dever de sustentar as despesas públicas pagando os impostos e os deveres de defesa das nações, desde a Constituição de Weimar, passando pelas Constituições da Itália, da Alemanha, da Espanha e inclusive de Portugal. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987, p. 332

<sup>591</sup> Refira-se, por todos, a tese de Mireille Delmas-Marty, que propõe a responsabilização social dos titulares de grandes poderes, que seriam tanto o Estado quanto as grandes corporações, no sentido de observância ao bem-estar dos trabalhadores, respeito ao ambiente e aos direitos fundamentais. DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013, p. 140 e ss. Destacando também a necessidade de atenção à questão da vinculação no âmbito das relações privadas de poder - ainda que se em contexto mais estrito, referindo à vinculação dos particulares aos direitos, liberdades e garantias prevista na Constituição de Portugal, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 262-268.

<sup>592</sup> Conforme Aoife Nolan, há sistemas que não admitem a eficácia da vinculação dos particulares aos direitos sociais, caso dos Estados Unidos da América; em uma posição intermediária, há sistemas que admitem alguma eficácia diagonal, ou horizontal indireta, permitindo que os direitos sociais possam ser invocados para interpretação e aplicação das leis preexistentes, sendo exemplo dessa interpretação o regime canadense; por fim, há sistemas que admitem a eficácia horizontal, ao menos potencialmente, dos direitos sociais em relação aos particulares, dos quais seriam exemplos a Argentina e o Gana. NOLAN, Aoife. Holding non-state actors to account for constitutional economic and social rights violations: Experiences and lessons from South Africa and Ireland. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, Issue 1, 1 Jan. 2014, p. 61–93, Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot066>. Acesso em 20. Out. 2017. É interessante destacar a posição de Rodolfo Arango, que entende que o objeto dos direitos sociais somente pode residir em prestações objetivas, em ações positivas fáticas a cargo do Estado, não reconhecendo vinculação direta dos particulares aos direitos sociais, tanto por razões pragmáticas como por razões normativas; a atribuição aos particulares somente poderia ocorrer em virtude de disposição constitucional expressa, ou derivada de lei ou contrato, não sendo possível justificar de modo adequado nem a obrigação direta nem a possibilidade de ação regressiva. Além disso, não seria exigível nem moral nem juridicamente dos particulares que atendessem as reivindicações particulares de direitos sociais. ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 99-107.

<sup>593</sup> NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 138-139.

segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade”.<sup>594</sup>

O tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais, entretanto, escapa do foco desta pesquisa, direcionado ao tema da atuação estatal na garantia dos mesmos direitos. Conquanto a efetivação dos direitos sociais muitas vezes esteja condicionada a procedimentos complexos que pressupõem uma participação coordenada entre os setores da sociedade, fato é que, como salienta Rodolfo Arango, o Estado é o devedor por excelência das prestações sociais<sup>595</sup>.

Como visto, com o Estado Social, restou superado o paradigma de Estado mínimo para conceber-se um modelo de atuação que, em sua base, se estrutura na atuação estatal positiva, na intervenção estatal na ordem econômica e social.

Essa evolução impôs uma área muito maior de atuação ao Estado. Como referem Abramovich e Courtis, com o Estado de Bem-Estar decorre a ampliação das funções estatais, agregando o Estado “novas áreas permanentes de ingerência, através de sua gestão direta, de funções de regulação e controle, da tutela de bens coletivos ou de sua atuação como mediador/pacificador em âmbitos de negociação e de conflitos coletivos”<sup>596</sup>.

Nessa linha, a CRFB e a CRP impuseram de forma bastante minudente deveres e obrigações ao Estado, estipulando princípios da ação estatal, com determinações de tarefas que variam da imposição de conformação de programas amplos de atuação até detalhadas imposições de atuação concreta.

A efetivação dos conteúdos constitucionais deveria se dar mediante a atuação automática, natural, pelo legislador e pela administração pública em cumprimento de seus deveres constitucionais, sem necessidade de coerção judicial. Salienta Juarez Freitas que no Estado Constitucional espera-se do administrador público o exercício “do controle administrativo de constitucionalidade da implementação das políticas públicas”, não podendo agir de modo inteiramente livre, em “atitude senhorial e patrimonialista”.<sup>597</sup>

A tarefa de concretização se impõe também em relação aos direitos

---

<sup>594</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 160.

<sup>595</sup> ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 107-113.

<sup>596</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 69.

<sup>597</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27, p. 13.

fundamentais sociais. Aliás, para Jorge Miranda, a primeira nota distintiva do regime dos direitos económicos, sociais e culturais reside exatamente na conexão com as tarefas e incumbências do Estado de promover a sua efetivação.<sup>598</sup>

Feitas essas considerações, nos tópicos que seguem elabora-se um delineamento das tarefas estatais na concretização dos direitos económicos, sociais e culturais, considerando os diferentes sentidos das obrigações impostas a cada um dos poderes do Estado, a começar pelo Poder Legislativo.

### 2.3.1 Poder Legislativo

Primordialmente, o legislador é o primeiro e principal depositário da tutela de direitos fundamentais. Aliás, como bem adverte Jeff King, seria ingenuidade supor que a simples consagração dos direitos fundamentais em textos constitucionais, por si só, seria suficiente para assegurar a proteção.<sup>599</sup>

Estejam ou não os direitos sociais conformados nos textos constitucionais, o legislador é o encarregado, por excelência, de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais<sup>600</sup>, dando-lhes operacionalidade prática mediante uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora dos conteúdos de proteção social.

A catalogação constitucional dos direitos sociais em textos constitucionais, nos Estados que a adotam, é naturalmente procedida com maior grau de abstração, em termos genéricos, estipulando as diretrizes ou aspirações políticas básicas que devem orientar a atividade estatal, restando a definição dos contornos operativos às leis ordinárias. Tem o legislador um papel bem amplo, das decisões políticas mais importantes, de decidir sobre a alocação de recursos, primeiro passo de projeção da condição organizatória necessária para a realização efetiva dos direitos sociais.<sup>601</sup>

A vinculação do legislador não é absoluta, dispondo de um poder de

<sup>598</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 385 e ss.

<sup>599</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 2.

<sup>600</sup> Em que pese haja diferentes modelos de atribuição no âmbito do Estado Social, podendo-se identificar diferentes graus de proteção dos direitos sociais pela via legislativa: tutelas legislativas robustas, das quais são exemplos os países escandinavos; tutela legislativa intermedia, que constitui o modelo canadense; tutela legislativa débil, caso do sistema americano. MORALES, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 147 e ss.

<sup>601</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 394.

conformação – ou livre espaço de conformação<sup>602</sup> - para estabelecer autonomamente a forma, a medida e o grau de concretização das imposições constitucionais. Mas também o poder de conformação do legislador é limitado, pois o legislador está obrigado a agir, e este agir é vinculado jurídico constitucionalmente pelas diretrizes materiais decorrentes das normas impositivas de tarefas.<sup>603</sup> Em que pese à liberdade de conformação, é vedado ao legislador destruir, descaracterizar ou desfigurar o núcleo essencial do direito<sup>604</sup>.

Cristina Queiroz identifica nas normas constitucionais de direitos sociais diferentes graus de amplitude para a conformação do legislador, variando desde programas de atuação até conformação constitucional precisa da proteção constitucionalmente outorgada, independentemente da estrita mediação legislativa. O grau de determinabilidade da previsão normativa determina o maior ou menor espaço de prognose e decisão de que dispõe o legislador no processo de concretização e realização dos direitos fundamentais sociais.<sup>605</sup>

O compromisso do legislador na adoção de medidas de efetividade dos direitos sociais no âmbito da adaptação do ordenamento jurídico abrange duas dimensões. De um lado, compreende o legislar positivamente para incorporar ao ordenamento legal os respectivos direitos, dando-lhes concretude. E, de outro lado, compreende a revogação das normas que possam constituir um obstáculo para a plena realização deles<sup>606</sup>, constituindo esta tarefa de adequação do marco legal, com derrogação das normas jurídicas que sejam contrárias aos direitos fundamentais, uma das primeiras obrigações para o Estado.<sup>607</sup>

A respeito desta adaptação o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, na Observação Geral n. 9, sobre a aplicação do PIDESC nos ordenamentos jurídicos dos estados parte fez constar que os “Estados devem modificar o

---

<sup>602</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 22.

<sup>603</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 400.

<sup>604</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 145.

<sup>605</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 75-76.

<sup>606</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDOÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 180.

<sup>607</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 103.



ordenamento jurídico interno na medida necessária para dar efetividade às obrigações que decorrem dos tratados nos quais sejam parte”.<sup>608</sup>

Concluindo-se este tópico refira-se que quanto à vinculação do legislador aos direitos fundamentais sociais, a compreensão doutrinária no Brasil e em Portugal opera em diferentes níveis, consideradas as referidas peculiaridades e especificidades de cada sistema.

No sistema português, a compreensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais sociais é mais restritiva. Na síntese de Nabais, os direitos sociais são direitos que necessitam de “concretização política” a cargo do legislador que realiza “opções políticas” em face dos naturalmente limitados meios financeiros e materiais; sendo direitos “sob reserva do possível”, não seria possível considerá-los como sendo dotados de aplicabilidade imediata pelos operadores jurídicos. O legislador está vinculado “ao conteúdo mínimo (senão mesmo ínfimo) de cada ‘direito social’ decorrente da sua própria consagração constitucional” e “do nível de concretização legislativa que, eventualmente, tenha alcançado (*maxime* se este nível tiver uma sedimentação na consciência comunitária)”.<sup>609</sup>

No Brasil a situação é diversa. Há um maior grau de vinculação do legislador, considerando que a aplicabilidade imediata do parágrafo 1º do artigo 5º da CRFB abrange todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais a prestações de cunho eminentemente programático. Essa vinculação se estabelece em diferentes níveis, de acordo com “a imposição mais ou menos concreta (finalidade ou programa) contida nas normas de direitos fundamentais, ressaltando-se uma graduação da eficácia vinculativa de acordo com a densidade normativa e grau de concretude destas normas”.<sup>610</sup>

### 2.3.2 Poder Executivo

A mera previsão constitucional ou legislativa não é suficiente para a

<sup>608</sup> No original: “States should modify the domestic legal order as necessary in order to give effect to their treaty obligations”. Disponível em: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html). Acesso em: 20 jun. 2017.

<sup>609</sup> NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

<sup>610</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 386.

concretização dos direitos. Mais ainda no caso da proteção social, que envolve tão amplas e variadas atuações para que seja completada a concretização das respectivas normas constitucionais.

Complementando o papel do legislador, sobressai a necessária atuação do Estado administrador, a quem compete ser o principal promotor e executor das políticas sociais. Assim como o legislador, também o Estado-administrador está jungido ao dever de concretização dos direitos sociais.

Na lição de Mauro Cappelletti, se com o Estado Social o papel interventivo do Estado implicou inicialmente na multiplicação de preceitos legislativos, surgindo um “estado legislativo”, seguiu-se a necessidade de criação de complexos aparelhos administrativos, a fim de implementar as intervenções legislativas, de modo que houve a transformação em “estado administrativo” e burocrático<sup>611</sup>.

Em suma, o Estado Social é fundamentalmente um Estado administrativo, no qual o centro de gravidade se enraíza na execução das políticas públicas formalizadas pelo legislador.<sup>612</sup> Este processo implicou um enorme crescimento da Administração Pública, tanto no aspecto organizativo quanto funcional, o qual, para Parejo Alfonso, se traduz em (a) descentralização funcional de tarefas e de atribuições, a qual é acompanhada da descentralização territorial; (b) a administração pública passa a empregar as formas jurídicas e organizativas do direito privado; (c) o papel da administração pública é potencializado nas estruturas estatais, assumindo atribuições antes reservadas ao legislativo.<sup>613</sup>

Referindo-se ao princípio do Estado Social, o mesmo autor ancora como decorrência deste o dever jurídico e efetivo de organização da administração pública voltada à consecução dos fins do Estado Social; trata-se de um dever geral, finalista, correspondente aos direitos dos cidadãos, aos quais se obriga a assegurar eficácia.<sup>614</sup> Ainda que o autor esteja se referindo à Constituição Espanhola, suas colocações são pertinentes em qualquer sistema constitucional que adote o Estado Social.

Nessa linha, a Observação Geral n. 4 do Comitê de Direitos Econômicos,

<sup>611</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 39.

<sup>612</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. El Estado Social administrativo: algunas reflexiones sobre la ‘crisis’ de las prestaciones y los servicios publicos. *Revista de Administracion Publica*, n. 153, set./dec. 200, p. 217-249, p. 220.

<sup>613</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Leciones de Derecho Administrativo*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 29-30.

<sup>614</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Leciones de Derecho Administrativo*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 64-65.

Sociais e Culturais, que tratou das obrigações dos Estados Partes com relação às medidas do PIDESC, consignou que a realização dos direitos sociais por todos os meios apropriados não se esgota nas medidas legislativas, sublinhando que “a adoção de medidas legislativas, conforme concretamente prevê o Pacto, não esgota por si mesma as obrigações do Estado Partes. Ao contrário, deve-se dar à frase ‘por todos os meios apropriados’ o seu significado pleno e natural”<sup>615</sup>.

Nessa linha, e com muita propriedade, Daniel Wunder Hachem entende que, dentre os poderes do Estado, a Administração Pública é o mais capacitado a promover de forma universalizada a satisfação das demandas relativas aos interesses coletivos e gerais – e mais especialmente das demandas relativas aos direitos sociais. Em comparação ao Poder Judiciário, sua atuação é mais racional, mais dotada de *expertise* e também é mais próxima ao cidadão. Defende, assim, que considerada a vinculação direta da Administração aos direitos fundamentais como um todo, inclusive os direitos sociais, cabe à Administração pautar sua atuação de forma a promover a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Dentre os deveres diretamente decorrentes, estariam, dentre outros, os deveres de aparelhar adequadamente os serviços públicos, de decidir os processos administrativos em prazo razoável, de oferecer tratamento igualitário e de reparar os danos causados pela omissão no cumprimento de seus deveres, bem como de observar os precedentes administrativos e judiciais em matéria de direitos sociais,<sup>616</sup> como forma de promover a tutela em conformidade ao princípio da igualdade.<sup>617</sup>

Como bem salienta Catarina Botelho, em tema de direitos sociais tem-se tomado consciência da insuficiência e debilidade das medidas legislativas, sendo que muitas vezes, quando configurado o descumprimento ou o cumprimento deficiente das normas constitucionais sociais, o que ocorre não é a falta de medidas legislativas mas

<sup>615</sup> Em livre tradução. No original: “la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase ‘por todos los medios apropiados’ su significado pleno y natural”. Disponível em: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3).

<sup>616</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

<sup>617</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 15, n. 59, p. 63-91. Belo Horizonte, jan./mar. 2015. p. 65.

sim a deficiência da administração,<sup>618</sup> a qual, conforme Novais, se configura pela “falta de criação/realização das prestações fácticas, materiais, orientadas à promoção do acesso individual aos bens protegidos pelos direitos sociais”.<sup>619</sup> O mesmo ocorre no Brasil, sendo que muitas vezes a deficiente concretização dos direitos sociais se deve às deficiências da administração pública.<sup>620</sup>

As previsões constitucionais e legislativas devem se concretizar mediante um aparato administrativo material – instituições, recursos humanos e materiais e mecanismos jurídicos. Para Gavara de Cara, em virtude da natureza dos direitos fundamentais, verifica-se uma inter-relação entre os direitos de defesa e prestação; a garantia de todos os direitos demanda decisões públicas, sendo necessárias prestações de carácter jurídico. Em decorrência da diversidade de tarefas, pode-se identificar uma dimensão organizativa e uma dimensão procedimental na tarefa da administração.<sup>621</sup>

O administrador tem um espaço de liberdade de conformação das políticas públicas sociais cujas linhas gerais são traçadas pelo constituinte e pelo legislador ordinário. Contudo, considerada a vinculatividade da Constituição, é dever da administração pública manter em relação às políticas públicas uma “guarda ampliada de constitucionalidade”, qual seja, um compromisso com a eficácia imediata dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões<sup>622</sup>, assegurando o cumprimento das prioridades vinculantes para as gerações presentes e futuras.<sup>623</sup> Não se trata de programas governamentais e sim de Estado, de modo que a administração pública

<sup>618</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 355. Também em NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 376.

<sup>619</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 376.

<sup>620</sup> Como ressalta HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

<sup>621</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculacion positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, p. 277-320, p. 313.

<sup>622</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32.

<sup>623</sup> Uma avaliação da efetividade das políticas públicas na área dos direitos sociais, mais especificamente em relação ao direito a uma alimentação adequada, é feita por SODRÉ, Jorge Irajá Louro. Direitos sociais e políticas públicas: A dificuldade de efetivação. *Revista de Direito*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 235-254, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/210/48>>. Acesso em: 03 out. 2017.

deve ser estruturada na eficiência, na igualdade dos cidadãos e no equilíbrio entre os poderes.<sup>624</sup>

Juarez Freitas aponta que, ao faltar com as obrigações redistributivas, a autoridade administrativa incorre no vício da discricionariedade insuficiente, ou arbitrariedade por omissão<sup>625</sup>. O dever da administração engloba o proceder de acordo com a interpretação jurisprudencial consolidada e as orientações administrativas: “desde que largamente pacificada a orientação, parece lógico o dever [...] de acatamento dos precedentes judiciais e de emissões rápidas de súmulas administrativas confortadoras de tais diretrizes”.<sup>626</sup>

De tudo, resta que a garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais exige a conduta ativa da administração pública. Pode-se inclusive conceber um direito fundamental à boa administração pública, noção que no Brasil teve sua primeira defesa por Juarez Freitas, cuja primeira edição data de 2007, no qual defendeu que o direito à boa administração constitui norma implícita de imediata eficácia em nosso sistema.<sup>627</sup>

Por fim, saliente-se que não abrange apenas a administração pública, mas também os atos dos particulares quando no exercício de atribuições correspondentes ao poder público.<sup>628</sup> Exemplificando, a educação é direito social, mas muitas vezes é prestada por instituições privadas, que atuam como *longa manus* do Estado, estando jungidas em vários aspectos ao regime de direito público; assim, por exemplo, as instituições estão obrigadas a manter os respectivos documentos, fornecer os diplomas e atestados de frequência aos alunos. O mesmo ocorre com a prestação privada de serviços públicos de saúde. Trata-se de evitar que a eventual delegação de atribuições implique a desobrigação do poder público e a desproteção do titular do direito.<sup>629</sup>

<sup>624</sup> CASSESE, Sabino. *L'ideale di una buona amministrazione*. Il principio del mérito e la stabilità degli impiegati. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 34.

<sup>625</sup> FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27.

<sup>626</sup> Posição que é defendida por Juarez Freitas há muitos anos: FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 1, Curitiba, Juruá, p. 13-22, 1999.

<sup>627</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 7; Também em FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 13.

<sup>628</sup> ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 97-98.

<sup>629</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do

As reflexões sobre os diferentes papéis dos poderes do Estado nos conduzem, enfim, ao ponto em que se fecha o círculo acerca do tema da concretização dos direitos sociais, e que vem a se constituir o tema no qual se concentra boa parte da discussão acerca da legitimidade democrática do próprio Estado Social, qual seja, o controle judicial. A questão mais delicada em relação à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais diz respeito a sua sindicabilidade nas diferentes instâncias político-jurídicas, ao papel do Poder Judiciário e os seus limites de atuação.

### 2.3.3 Poder Judiciário

Christian Courtis e Victor Abramovich apontam como um dos principais obstáculos para a concretização dos direitos sociais as dificuldades da atuação jurisdicional em relação à exigibilidade dos direitos sociais. Identificam os autores, além das restrições e da proteção mais débil, fundadas na repartição de poderes do Estado, também a existência de deficiências dos mecanismos processuais tradicionais, estruturados para a solução de demandas individuais.<sup>630</sup>

Com a incorporação dos direitos fundamentais aos textos constitucionais destacou-se grande importância ao papel do Poder Judiciário, na qualidade de guardião da supremacia da Constituição e também do sistema de direitos fundamentais nela inserido.

Os tempos mais recentes têm observado a exacerbação da judicialização da política, fenômeno complexo que pode ser atribuído a uma multiplicidade de causas, sendo simplista atribuí-lo somente à inércia da Administração Pública e do Legislativo; aliás, é fenômeno que não se restringe aos direitos sociais, tendo sido submetidos ao Poder Judiciário brasileiro temas tão diversos como a questão das discriminações positivas (sistema de cotas), o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o direito ao aborto do feto anencefálico e os limites da pesquisa científica com células tronco embrionárias.

Especialmente em relação aos direitos sociais, em virtude da amplitude e vagueza das cartas de direitos fundamentais das Constituições, da complexidade das

---

Advogado, 2015, p. 387.

<sup>630</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

questões sociais, da crise do Poder Legislativo e da incapacidade da administração estatal em gerir as demandas no setor social, tem havido o deslocamento para o Poder Judiciário de uma substancial parcela das discussões nessa área. O Estado Social potencialmente aumenta a demanda ao Poder Judiciário, dado que lhe compete examinar questões de constitucionalidade referente aos programas de atuação insertos na Constituição.

Como refere Mauro Cappelletti, se com o Estado Social o papel interventivo do Estado em um primeiro momento implicou a multiplicação de preceitos legislativos e a necessidade de criação de um complexo aparelho administrativo e burocrático, também alterou profundamente a natureza da função judiciária, criando novos desafios à jurisdição constitucional. Para Cappelletti, “a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’”, cabendo-lhe atuar de forma “promocional” em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>631</sup>. Na síntese do autor, quanto mais a lei for vaga e quanto mais imprecisos forem os elementos do direito, “mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”.<sup>632</sup>

Para as demandas relativas aos direitos sociais, a concepção tradicional kelseniana de jurisdição constitucional como tendo função de legislação negativa<sup>633</sup> se afigura insuficiente. Com o reconhecimento dos direitos sociais a esfera de juridificação se expande a partir de princípios distintos aos do direito privado clássico, razão pela qual se complexizam também as funções da Justiça “que assim amplia suas esferas de atuação para a solução de conflitos que surgem da aplicação de regimes jurídicos especiais (como os de trabalho, consumo, etc.) e ao controle judicial

<sup>631</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 40 e ss, p. 41.

<sup>632</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 40 e ss, p. 42.

<sup>633</sup> Em famosa polêmica com Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, Hans Kelsen defendia que a função jurisdicional também abrangeria a solução de questões sociais controversas de grande repercussão, e para tanto deveria ser instituído um Tribunal Constitucional específico, composto por magistrados preparados, imparciais e neutros, cuja função seria atuar como um legislador negativo, com função estritamente jurídica, sem poderes criativos; estariam os juízes adstritos ao texto da Constituição. A respeito, ver KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Trad. Ch. Eisenmann. *Revue du droit public*, 1928, p. 197-257; e \_\_\_\_\_. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 237-298; SCHMIT, Carl. *Il custode della Costituzione*. Trad. Antonio Caracciolo. Milão: Giuffrè, 1981.

da atividade administrativa nas áreas desmercantilizadas”.<sup>634</sup> Na apropriada colocação de Paulo Bonavides, o verdadeiro problema do Direito Constitucional atualmente é como fazer efetivos os direitos sociais básicos.<sup>635</sup>

A nossa época se caracteriza pela “juridicização do bem-estar”,<sup>636</sup> sendo em relação aos direitos sociais que mais avultam as discussões sobre os limites do controle judicial, tanto porque no mais das vezes se caracterizam por programas de atuação quanto porque as prestações sociais impõem custos ao Estado.

A sindicabilidade judicial dos direitos sociais não pode ser suprimida do controle judicial; afastar-se o controle judicial acerca dos direitos sociais implicaria admitir o virtual esvaziamento das garantias dos direitos, incorrendo-se no risco apontado por Gustavo Zagrebelsky, de o Estado Constitucional corromper-se em mera prática compromissária e perder de vista o valor pelo qual existe.<sup>637</sup>

O acesso à justiça constitui um elemento central dos regimes democráticos; se o Estado como organização social arroga a si a tutela dos direitos, proibindo a autotutela, deve assegurar o acesso à justiça. No dizer de Mauro Cappelletti, o acesso à justiça constitui “o mais básico dos direitos humanos’ de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”.<sup>638</sup>

O artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos assenta que “toda pessoa tem direito de receber dos Tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Mais adiante, no artigo X, reconhece o direito de todas as pessoas, em condições de plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte

<sup>634</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 69.

<sup>635</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 338.

<sup>636</sup> Toma-se de empréstimo a expressão usada por Hartley Dean, em artigo no qual defende os recursos jurídicos para defesa dos direitos sociais, dado que os menos favorecidos têm pouca participação na sociedade e os programas sociais muitas vezes são concebidos como caritativos e não como gestos de solidariedade, concluindo que “*Law is enmeshed with welfare provision: first, because social rights have no means of enforcement or expression other than through law; second because it is through the juridification of social rights that disciplinary power may be exercised.*” Conforme DEAN, Hartley. *The Juridification of Welfare: Strategies of discipline and resistance*. In: KJØNSTAD, Asbjørn; WILSON, John Veit (Org.). *Law, power and poverty*. Bergen: CROP, 1996, p. 21-22.

<sup>637</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Napoli: Edditoriale Scientifica, 2006, p. 67.

<sup>638</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.



de um Tribunal independente e imparcial.

Nas constituições brasileira e portuguesa o acesso à tutela judicial foi incluído no rol de direitos fundamentais, com aplicabilidade imediata e constituindo 'cláusula pétrea', havendo também em ambas a preocupação com o direito a uma razoável duração do processo judicial.

Entretanto, ainda que se reconheça a necessidade de algum controle jurisdicional, não é tarefa fácil definir em que medida a sindicabilidade judicial é admissível em relação a temas mais delicados, dentre os quais a reivindicação de direitos diretamente derivados de textos constitucionais que muitas vezes são caracterizados pela ambiguidade, vagueza e indefinição de conteúdos. Mais complexa ainda é a definição dos limites da atuação judicial no que diz diretamente com as políticas públicas, tema em relação a qual a questão da legitimidade democrática da atuação judicial é objeto de acirrada controvérsia.

Não é de se estranhar que a questão seja objeto de intenso debate em todo o mundo<sup>639</sup>, inclusive no Brasil, onde a CRFB abrigou, como já referido, ampla posituação dos direitos sociais, tanto na parte do arrolamento dos direitos fundamentais, como em capítulos específicos e dispositivos esparsos ao longo do texto constitucional. Quando se configura a deficiente concretização dos conteúdos constitucionais, frequentemente a esfera de decisão acaba sendo transferida ao Poder Judiciário no âmbito dos casos que lhe são submetidos, formando-se pontos de

---

<sup>639</sup> A questão se insere na polêmica acerca dos limites do poder judicial que em um conteto amplo, é objeto de acirrada discussão, encetando crítica aos perigos da 'ditadura do Judiciário', 'oligarquia dos juizes', 'rule of judges', 'juristocracy'. Não estando compreendido no objetivo deste trabalho, não vamos nos alongar no tema, cabendo entretanto referir que as posições costumam ser divididas em duas principais teorias, procedimentalista e substancialista. Na teoria procedimentalista a predominância é do papel instrumental da Constituição na organização social, de garantia da participação e da democracia; na teoria substancialista, trata-se de priorizar o conteúdo material da Constituição, havendo uma maior esfera de atuação do Poder Judiciário. Apenas para ilustrar a exposição, a partir dos diferentes posicionamentos de alguns dos autores citados no curso desta pesquisa, inclinam-se ao procedimentalismo Garapon, Cittadino e Gesta Leal. Conforme: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio: Revan, 2001; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000 e LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Com a corrente substancialista se identificam Mauro Cappelletti, Bolzan de Moraes e Luis Roberto Barroso. Conforme CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

tensão entre os poderes do Estado em matéria de direitos sociais prestacionais.

Basta lembrar, por exemplo, a questão da ‘judicialização da saúde’ no Brasil, com a multiplicação de ações relativas ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, de leitos em hospitais, ou sobre o lugar na fila de transplantes de órgãos; tal ‘inflação’ de ações judiciais também ocorre em relação aos benefícios previdenciários e no âmbito da assistência social.

A expansão da atuação judicial na área das políticas sociais vem sendo objeto de severas críticas, sendo apontada como indevido ‘ativismo judicial’ e argumentando-se que a atuação jurisdicional representaria uma indevida subversão do princípio da divisão dos poderes e que faltaria legitimação democrática ao Poder Judiciário.

As diferentes posições tomam por base distintas concepções sobre o papel da Constituição e do direito, sobre democracia, sobre o princípio da separação de poderes e sobre a função da atividade judicial. Em uma concepção estrita, em face do sistema de separação de poderes, considerava-se que o legislador teria o papel prevalente, como representante direto da vontade geral do povo, da soberania popular, mais apto a garantir os direitos. Sendo o povo soberano, a lei editada por seus representantes também era soberana. Quanto ao papel do juiz era meramente pronunciar a lei; na célebre expressão de Montesquieu, o juiz era *la bouche qui prononce les paroles de la loi*.<sup>640</sup>

Identificam-se posições contrárias a uma proteção judicial forte dos direitos sociais. Refira-se como ilustrativa a doutrina mais recente de Gomes Canotilho, que entende que não cabe à atuação jurisdicional pautar suas decisões por uma “opção pelos pobres”, de um lado, porque limitada à casuística dos casos concretos, de outro lado, por faltar legitimidade democrática para a apreciação da desconformidade das políticas públicas: “(...) por enquanto, a prudência jurisprudencial não está e não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como se de órgãos politicamente responsáveis se tratasse”. E completa:

---

<sup>640</sup> Como salienta David Landau, as diferenças radicais nas configurações das instituições políticas influenciam na forma como se desenvolve o trabalho das Cortes Constitucionais em matéria de direitos sociais. A teoria que refere o caráter antidemocrático do *judicial review* nessa área se baseia em sociedades nas quais há uma cultura constitucional robusta fora das cortes e o corpo legislativo faz um trabalho decente na representação da vontade popular; nenhum dos dois tendem a ser verdadeiros nas democracias emergentes. LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book.

“Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor”.<sup>641</sup>

Em sentido oposto, os defensores da atuação jurisdicional mais “forte”, entendida como necessária à efetivação dos conteúdos constitucionais. Bolzan de Moraes considera que pela insuficiência das práticas políticas tradicionais para efetivar os conteúdos constitucionais faz-se necessária uma “jurisdição constitucional social” atuante na efetivação do texto constitucional, democraticamente construída e adequada às necessidades do seu tempo<sup>642</sup>. Na mesma linha de pensamento, Rodrigo Schwarz, considerando que um ativismo judicial moderado é justificável quando há omissão ou atraso dos demais poderes em promover a efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos.<sup>643</sup> Por seu turno, David Landau, a partir da experiência da corte constitucional colombiana entende que o ativismo judicial pode se constituir em um mecanismo necessário nos casos em que o contexto político seja de falta de cultura constitucional, deficit democrático e falta de representação do poder legislativo.<sup>644</sup>

Adotando posição intermédia, parte da doutrina entende que o *judicial review* deve ser admitido, mas o exercício deve guardar autocontenção, seja de forma dialógica e multi-institucional, “incrementalista”, ou como “cortes dinamizadoras” (*catalytic courts*) modelos que se passa a explicitar.

Defende Jeff King que os direitos sociais não devem ser subtraídos à adjudicação judicial, inclusive como forma de estimular a atuação legislativa e administrativa tendente à realização desses direitos.<sup>645</sup> Entretanto, o controle judicial deve ser exercido com autocontenção, restando os juízes conscientes das limitações

<sup>641</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ativismo judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47/48, p., 57.

<sup>642</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Advogado, 2010.

<sup>643</sup> SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado democrático de direito. São Paulo: LTR, 2013, p. 94.

<sup>644</sup> LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book.

<sup>645</sup> Saliente-se que, logo no início de sua obra, o autor contextualiza os pressupostos de sua teoria, cuja operacionalidade se desenvolveria melhor na presença de certos pressupostos políticos, jurídicos e sociais, dentre os quais a presença de administradores bem-intencionados, um Poder Judiciário independente, compromissos políticos de proteção do bem-estar, colaboração entre as instituições e mecanismos alternativos e colaborativos extrajudiciais de resolução de conflitos. Reconhece que tais condições possivelmente se fazem presentes na maioria dos países da Europa continental; quanto à América Latina e África, “as situações são muito complexas e variadas para comentar” (no original: “the situations are too complex and varied to comment”). Conforme KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 10 e ss

institucionais e práticas da atividade judicial, cuja eficácia é potencialmente restrita, não constituindo uma panaceia para todos os males sociais, nem tendo aptidão a produzir mudanças revolucionárias no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Aduz King que o controle judicial deve ser exercido no âmbito da cooperação multiinstitucional entre os poderes, propondo quatro princípios de contenção que devem nortear a atividade judicial em matéria de direitos sociais, os quais, muito sinteticamente, assim se podem resumir: (a) legitimidade democrática; (b) levar em consideração a policentricidade dos direitos sociais, realizáveis mediante interação entre diversos órgãos; ainda que não acarrete a afastabilidade do controle judicial, recomenda a adoção de cautela tanto na condução dos processos quanto nas decisões e remédios adotados; (c) *expertise* administrativa, em seus diversos desdobramentos, a qual eventualmente merece ser sopesada na decisão judicial; (d) flexibilidade, evitando-se provimentos jurisdicionais que potencialmente 'engessem' a administração, condicionando seus procedimentos e dificultando o reconhecimento futuro de outros direitos. Defende que, especialmente no que toca à regulamentação de procedimentos administrativos, a atividade judicial se caracterize pela cautela e flexibilidade nos remédios adotados<sup>646</sup>.

Estruturado nesses princípios, King defende o incrementalismo como modelo de atuação do Poder Judiciário, se desenvolvendo mediante pequenos passos, em cooperação com os demais poderes. Tratando-se de decisões sobre direitos sociais de vago conteúdo constitucional, a serem tomadas sob circunstâncias de grande complexidade e incerteza, os juízes devem (a) estar atentos aos impactos de suas decisões em relação aos recursos públicos; (b) decidir com base em fundamentos particularizados estritos; e (c) nas demandas com significativos efeitos em relação a uma coletividade de pessoas, adotar decisões que preservem a flexibilidade, deixando espaço para futuras adaptações<sup>647</sup>.

Por seu turno, Katharine Young, traçando os diferentes modelos de adjudicação judicial em matéria de direitos sociais, defende que as decisões judiciais nessa área devem estimular a participação da sociedade no processo político, cabendo ao Poder Judiciário atuar de forma eclética, em interação com os demais atores políticos e sociais. O controle judicial, nos casos de direitos sociais, deve admitir, incorporar e combinar cinco tipos diferentes de posturas, a depender da

---

<sup>646</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 148-286.

<sup>647</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 293.

necessidade do caso: (a) a deferência aos demais poderes; (b) as soluções consensuadas; (c) o experimentalismo; (d) as medidas de gestão; e por fim também (e) decisões impositivas nas quais o *judicial review* se dá em termos de fazer prevalecer o papel da interpretação judicial.<sup>648</sup>

Para Young as intervenções judiciais em tema de direitos sociais deve se dar na forma de “catalytic courts”, adotando procedimentos que possam ser usados para superar os obstáculos de “intransigência, incompetência ou desatenção por parte do governo, e induzir outros atores a resolver esses obstáculos”<sup>649</sup>.

Também se encontram posições que defendem o estabelecimento de parâmetros de aplicabilidade dos direitos sociais prestacionais, admitindo em alguns casos a exigibilidade judicial direta<sup>650</sup>. Assim, Daniel Sarmento, cuja proposta parte de uma distinção entre dois tipos de direitos sociais, defende que são imediatamente sindicáveis aqueles direitos sociais estatuídos no texto constitucional por meio de regras – exemplifica os casos de certos benefícios previdenciários e do direito de acesso ao ensino fundamental –; o mesmo não ocorrendo com os direitos constitucionalmente consagrados de forma vaga e principiológica.<sup>651</sup>

Em Portugal, considerado o já mencionado regime distinto de proteção que não reconhece aos direitos sociais a aplicabilidade direta sem intervenção legislativa, a compreensão do controle judicial é restritiva. Refira-se o entendimento de Vieira de Andrade, para quem devido à proteção mais fraca dos direitos sociais na CRP, em regra, “os tribunais, na veste de órgãos encarregados da fiscalização da constitucionalidade das normas, não podem, em obediência ao princípio da divisão de

<sup>648</sup> YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University, 2012. E-Book. Também, mais sinteticamente, em \_\_\_\_\_. A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, November 4, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1702807>. Acesso em 21. Ago. 2016.

<sup>649</sup> Tradução livre. No original: “intransigence, incompetence or inattentiveness on the part of government, and prompt other actors to resolve these obstacles”. Conforme YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University, 2012. E-Book

<sup>650</sup> O posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do fornecimento de medicamentos e o direito à saúde adota uma tese mitigada. Salientando a necessidade de ações conjuntas pelos entes da Federação, concluiu-se pela admissibilidade da atuação judicial, sob certas condições, nos casos em que seja provado que a omissão do Estado potencialmente compromete a eficácia e a integridade dos direitos constitucionais. Conforme STA - Suspensão de Tutela Antecipada 175-CE AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

<sup>651</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: ARRUDA, Paula (Coord.). *Direitos Humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 533-586.

poderes, controlar, quanto ao respectivo conteúdo, as opções legislativas”. Apenas seria cabível o controle “excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional, situação que muitas vezes será difícil de provar”, restando como recurso a proteção limitada da inconstitucionalidade por omissão.<sup>652</sup>

Para Cristina Queiroz, nos casos em que a Constituição vai além da genérica proclamação dos direitos sociais, fixando regras para a atuação das prestações, o controle judicial sobre as políticas adotadas será mais *estricto*, cabendo ao Judiciário controlar se a disciplina legal se adéqua ao imperativo constitucional e atinge a finalidade pretendida; contudo, para a autora esse controle somente é cabível sobre a lei posta, não cabendo ao Poder Judiciário em nenhum caso substituir-se ao legislador.<sup>653</sup>

Vale destacar, a respeito, a posição de José de Melo Alexandrino, que identifica exatamente nesta questão em particular a existência de ‘incomodidade’ e ‘incomunicabilidade’ entre a doutrina portuguesa e brasileira. Destaca que em Portugal a ideia de constituição dirigente transformadora se perdeu pelo caminho, constituindo um projeto no qual não mais acreditam nem a jurisprudência, nem a doutrina, nem o legislador.<sup>654</sup> Na síntese do autor, “no ordenamento português, a perspectiva dominante é a do reconhecimento da regra de que não compete aos tribunais a concretização política da Constituição – por maioria de razão, tão-pouco lhes compete o controlo de políticas públicas não impostas pela Constituição”<sup>655</sup>.

Adverte, porém, que tal regra pode comportar exceções. Uma primeira hipótese na qual o controle jurisdicional da inconstitucionalidade ou a ilegalidade de um ato ou omissão relevantes em uma política pública não representaria indevida interferência na esfera das funções política e legislativa seria quando estivesse configurado um parâmetro jurídico adequado, com fundamento na lei, nos efeitos de proteção de normas de direitos fundamentais ou de outros princípios ou regras constitucionais.

---

<sup>652</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 388-389.

<sup>653</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 77.

<sup>654</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? *RFDUP*, VII, 2010, p. 1 e ss.

<sup>655</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? *RFDUP*, VII, 2010, p. 14.

Também seria admissível o controle jurisdicional, eventualmente se socorrendo do Direito administrativo, na hipótese de novos desafios em situações de transparência, eficiência, prestação de contas ou inclusive pela exigência de fundamentação das prioridades. Por fim, destaca a existência de algumas zonas ‘especialmente problemáticas’, notadamente no que toca a eventuais ‘políticas privadas’ promovidas de forma direta ou indireta com recursos públicos (refere-se a questões relativas à articulação entre a Administração e os partidos).<sup>656</sup>

Comentando as decisões do Tribunal Constitucional português na jurisprudência da crise, Reis Novais faz uma consideração que se transcreve por se considerar inteiramente válido o traçado, de forma bastante expressa, dos diferentes significados que a judicialização da política e, especialmente, o ativismo judicial<sup>657</sup> podem se traduzir em matéria de direitos sociais:

Logo, quando o Tribunal Constitucional concretiza esta opção constituinte na resolução dos casos judiciais que é chamado a decidir está, inevitavelmente, a *meter-se na política*, mas não pode deixar de o fazer. Podia procurar escapar à opção constitucional, desvalorizar os direitos sociais, considerá-los como direitos de *segunda classe* – como faz a generalidade dos críticos -, mas aí não deixaria, em qualquer caso, de fazer política. Estaria, apenas a fazer *uma outra política* que teria, todavia, uma desvantagem: seria uma *política* contrária à opção da Constituição e, enquanto tal, inadmissível da parte de um Tribunal Constitucional. Esse, sim, seria um Tribunal Constitucional *ativista*, na medida em que *construía* e aplicava uma Constituição diferente da aprovada pela Assembleia Constituinte.<sup>658</sup>

Em conclusão, na medida em que o sistema jurídico-constitucional consigna

<sup>656</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? *RFDUP*, VII, 2010.

<sup>657</sup> Sobre a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, em que pese não se tratarem de expressões de significado unívoco, compreende-se a primeira como o fenómeno de ampliação da esfera da atividade judicial, em face da supremacia da Constituição e dos direitos judiciais, em complementaridade à atuação eventualmente insuficiente dos demais poderes. O ativismo judicial, por seu turno, diz com o conteúdo e alcance das decisões, a aplicação e a atividade interpretativa. Pode ocorrer tanto em termos de conservadorismo freando inovações legislativas, quanto o contrário. Ver a respeito LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del supremo tribunal federal brasileño*. BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book, e LIMA, Vinicius de Melo. *Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: Direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática*. Curitiba: Juruá Editora, 2016. Uma avaliação da jurisprudência do STF em matéria de direitos sociais sob o prisma da judicialização da política e do ativismo é traçada por LIMA, Vinicius de Melo. *Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: Direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

<sup>658</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 87.

tarefas de proteção também ao Poder Judiciário, não pode este Poder se demitir da parte que lhe compete atuar, deve ser exercido, adstrito aos limites de atuação assinalados no respectivo texto constitucional.

No Brasil, tendo-se como pressuposto a adoção do princípio social, a cláusula de efetividade dos direitos fundamentais sociais, a ampliação do acesso à justiça e o protagonismo conferido aos remédios constitucionais, impõe-se reconhecer que o Poder Judiciário tem relevante papel na construção do Estado social e no atingimento dos objetivos sociais previstos no texto constitucional, a ser exercido em conjunto com a sociedade e assim como os demais poderes. O que se deve questionar sobre a sindicabilidade judicial não é se deve ser feita, mas sim como deve ser feita.

Uma ponderável objeção quanto à tutela judicial dos direitos sociais em geral diz respeito ao princípio da igualdade. Em síntese, alega-se que a tutela judicial dos direitos a prestações em processos individuais tende a criar diferenciação entre os destinatários das normas.

É verdade que a parcela da população menos esclarecida e com menos condições muitas vezes deixa de recorrer ao Poder Judiciário; reproduz-se, assim, na esfera judicial, o déficit de participação nos processos políticos e nos processos sociais e de certo modo se obtém resultado oposto ao princípio da igualdade que deveria orientar a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Entretanto, há que se considerar que o direito de tutela judicial é uma garantia que integra a própria natureza do direito fundamental social; deste modo, não se poderia negar a pretensão ao titular do direito ao argumento de que outros titulares não ajuizaram idêntica ação. A negativa da tutela implicaria deixar desprotegido o titular do direito, implicando, no caso, a denegação da própria justiça.

Por fim, não se pode sobrevalorar o papel da jurisdição como única instância de sindicabilidade dos direitos sociais, quando na verdade constitui apenas um dos mecanismos de proteção dos direitos sociais, no mínimo como último recurso, sem ignorar que há alentada doutrina que defende não serem as instâncias judiciais as mais adequadas para a melhor tutela dos direitos sociais.<sup>659</sup> Porém a admissão da

---

<sup>659</sup> Refiram-se, dentre outros: Frank Michelman, que destaca que o desempenho das ações sociais envolve ações governamentais complexas e coordenadas nas formas de impostos, transferências, subsídios e instrumentos políticos que afetam mercados, indústrias, famílias, educação, saúde, comércio interno e externo e o sistema monetário. Para o autor, as escolhas que precisam ser feitas são "subtle, technical, interactive, uncertain, subject-to-experience, and



tutela judicial não impede que tutelas mais abrangentes e inclusivas possam e devam ser buscadas.

Como bem salienta Akandji-Kombé, a justiciabilidade tem um valor relativo, constituindo um erro estratégico acreditar que não há proteção dos direitos fundamentais sociais senão pela via da tutela judicial, a qual constitui apenas uma das formas de proteção; ainda que daí não possa decorrer a desconsideração do papel do Poder Judiciário no Estado de Direito, como garante último dos direitos.<sup>660</sup>

Nessa linha, a proteção judicial se afigura um dos meios de proteção dos direitos sociais, a não ser desconsiderado; como refere Tim Murphy,

Ultimately, therefore, “litigation strategy” involving socio-economic rights may prove to be most effective when used in conjunction with a political campaign designed to elicit a particular response from the executive or legislative branches of government. We may conclude, therefore, by remarking that while it would be foolish to consider socio-economic rights activism as capable of providing a panacea for economic hardship and poverty, it is certainly part of the way in which these problems can and should be addressed.<sup>661</sup>

---

endlessly debatable” (sutis, técnicas, interativas, incertas, sujeitas à experiência e infinitamente debatidas). Para o autor, não está claro como os tribunais podem se inserir em tais questões com suficiente grau de credibilidade ou autoridade. MICHELMAN, Frank I. Socioeconomic rights in constitutional law: Explaining America away. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 3-4, p. 663-686, Jul. 2008; TUSHNET, Mark. Social Welfare rights and forms of judicial review. *Texas Law Review*, v. 82, n. 7, p. 1895-1919, 2004. Destaque-se a posição de Jeremy Waldron, que, apesar de ser contrário ao *judicial review*, entende que sua tese vale apenas onde as instituições democráticas funcionem bem e a maioria da sociedade leve os direitos a sério. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346- 1406, Apr. 2006. Admitindo um controle judicial moderado, Jeff King sugere que o exercício da jurisdição constitucional em matéria de direitos sociais seja procedido guardando-se auto-conteção e deferência pelas opções dos demais poderes, bem como mediante a instituição de procedimentos dialógicos e multiinstitucionais, em forma de atuação que denomina de “incrementalism”. Logo no início de sua obra, entretanto, contextualiza os pressupostos de sua teoria, cuja operacionalidade estaria condicionada ao atendimento de certos pressupostos políticos e sociais, dentre os quais administradores bem-intencionados, judiciário independente, compromissos políticos de proteção do bem-estar e mecanismo alternativos e colaborativos extrajudiciais de resolução de conflitos. Conforme KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 17 e ss.

<sup>660</sup> AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte Sociale Européenne n'est pas une utopie. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*. Bruxelles: Bruylant, 2013, pp. 475-503, p. 476-477, p. 2-4. Disponível em <https://www.iea-nantes.fr/rtefiles/File/contribution-jfak-pt.pdf>. Acesso em 12. Set. 2016.

<sup>661</sup> Em livre tradução: “Em última análise, portanto, a “estratégia judicial” envolvendo direitos econômicos e sociais pode revelar-se mais efetiva quando usada em conjunto com uma campanha política destinada a suscitar uma manifestação particular dos poderes executivo ou legislativo. Pode-se concluir, portanto, observando que, embora seja tolo considerar o ativismo judicial em matéria de direitos socioeconômicos possa representar uma panacéia para as dificuldades econômicas e para a pobreza, certamente integra o modo como esses problemas podem e devem ser abordados”. MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In: FLÓVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.;

É de todo recomendável, no melhor interesse da proteção dos direitos que se busca resguardar, que sempre que possível a atuação judicial seja exercida de modo inclusivo e participativo, dado que uma cultura de direitos sociais requer “the development of a culture of co-operative effort — a constitutional conversation or dialogue — between the judiciary, the government and the people to fulfil the entitlements of citizens”.<sup>662</sup>

Uma alternativa a explorar é a abertura dos processos judiciais para permitir uma participação da sociedade e dos grupos interessados que possam ser direta ou indiretamente atingidos pelos efeitos da decisão, de modo a auxiliar e subsidiar o debate e a tomada de decisão. Refira-se a propósito, alguns dos mecanismos processuais participativos, como as audiências públicas e o *amicus curiae*, dos quais já há previsão no sistema processual brasileiro<sup>663</sup>.

A questão da participação conduz a uma reflexão sobre o papel dos mecanismos alternativos de resolução de conflito (ADR), dentre as quais estão inseridas a arbitragem, a conciliação, a negociação e especialmente a mediação, para resolução de conflitos relativos aos direitos sociais, seja na via extrajudicial seja na via judicial.

Considerando positivas as experiências de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, as quais representariam um protagonismo da cidadania e da autonomia, apontam Mauro Cappelletti e Bryan Garth as vantagens decorrentes para as partes, dentre as quais o desafogo dos tribunais, a redução das despesas, o proporcionamento de soluções mais rápidas, além do que “tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que se fundam em

---

ARNARDÓTTIR, O. M. (eds), *Ragnarsbók*. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, 2009, p. 453-484, p. 480. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>. Acesso em 12. Set. 2016.

<sup>662</sup> Em livre tradução: “o desenvolvimento de uma cultura de esforço cooperativo - conversa ou diálogo constitucional - entre o poder judiciário, o governo e as pessoas para cumprir os direitos dos cidadãos”. MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In: FLÓVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.; ARNARDÓTTIR, O. M. (Eds.), *Ragnarsbók*. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, 2009, pp. 453-484. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>.

<sup>663</sup> Dentre outros, o artigo 14 da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2011), ao tratar da questão da uniformização da jurisprudência, já previa a possibilidade de admissão de interessados; o novo CPC acolheu os institutos participativos, no artigo 138 prevendo a possibilidade de manifestação de quem não é parte no processo, mas interessado em função da relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, admitindo inclusive legitimidade para recorrer das decisões nas demandas repetitivas; o § 2º do artigo 926 prevê a possibilidade de audiências públicas ou *amicus curiae* nas alterações de tese jurídica reconhecida em súmula ou em julgamento de causas repetitivas.

acordo já estabelecido entre as partes”.<sup>664</sup>

Na mesma linha, Núria Martín e Afonso Campuzano, para quem

(...) la sociedad civil trata de responder al conflicto mediante la autorregulación y el concierto de determinados sectores económicos y sociales y, simultáneamente afloran otras formas complementarias de resolución de conflictos - todas ellas englobadas en la terminología anglosajona Alternative Dispute Resolution (ADR) -. De esta manera, la ciudadanía comienza a adquirir un protagonismo hasta hace poco impensable que permite augurar la progresiva suplantación de la resolución judicial de los conflictos por mecanismos autocompositivos que responden plenamente al postulado de la autonomía de los sujetos (personas físicas o jurídicas) en la administración de sus propias expectativas e intereses. No se trata de eliminar los conflictos sino de aprender a gestionar adecuadamente los conflictos. (...).<sup>665</sup>

A respeito, são conhecidas as objeções levantadas por Owen Fiss ao uso indiscriminado dos mecanismos alternativos,<sup>666</sup> especialmente em relação à potencial injustiça do uso desses métodos quando houver disparidade de meios entre as partes – a qual, ressalte-se, é característica das demandas sobre direitos sociais. Assim, parte da doutrina guarda certa ressalva quanto ao manejo das ADRs em tema de direitos sociais. Destaque-se o posicionamento de Jeff King, que em que pese ressalte a importância, em tema de direitos sociais, da construção de mecanismos não-judiciais ou especializados para resolução de conflitos e queixas, entende que é mais adequado que tal se dê na forma de cortes administrativas e de *ombudsman*. Quanto às formas de resolução alternativa de disputas (ADR), considera não serem alternativas atrativas à adjudicação judicial em matéria de direitos sociais. Aduz não haver evidências que tais meios sejam efetivamente menos custosos, mais justos ou

<sup>664</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 83/84.

<sup>665</sup> MARTÍN, Nuria Belloso; CAMPUZANO, Afonso de Julios. Presentación. In MARTÍN, Nuria Belloso; CAMPUZANO, Afonso de Julios. (org.). *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2008. Em livre tradução: “a sociedade civil trata de responder ao conflito mediante a auto-regulação e o acordo de certos setores econômicos e sociais e, simultaneamente, surgem outras formas complementares de resolução de conflitos – todas elas compreendidas na terminologia anglo-saxônica Resolução Alternativa de Litígios (ADR) -. Desta forma, a cidadania começa a adquirir uma proeminência até pouco tempo impensável, a qual nos permite prever a progressiva superação da resolução judicial de conflitos em favor de mecanismos autocompositivos que respondem plenamente ao postulado da autonomia dos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) na gestão de suas próprias expectativas e interesses. Não se trata de eliminar os conflitos, e sim de aprender a gerenciá-los adequadamente”.

<sup>666</sup> FISS, Owen. Against Settlement. *Faculty Scholarship Series*. 1215. 1984. Disponível na internet: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215). Acesso em 28. jan. 2018.

mais adequados para a composição dos litígios.<sup>667</sup>

Entretanto, ainda que neste trabalho seja defendida uma adjudicação judicial forte dos direitos sociais, não se quer com isso excluir que outras soluções institucionais possam ser oferecidas. Guardadas as devidas cautelas em face da natureza dos direitos<sup>668</sup>, eventualmente as formas alternativas de resolução de conflitos podem ser importantes para a solução dos impasses nesta área, surgindo não como substitutivos, mas como mais uma opção à adjudicação judicial e especialmente contribuindo para um maior participação e diálogo institucional.

A propósito do tema, no âmbito da União Europeia, foi editada em 2 de maio de 2008 a Diretiva 2008/52/CE,<sup>669</sup> com o objetivo de facilitar o acesso à resolução alternativa de litígios e promover a resolução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação, em equilíbrio em relação ao processo judicial.

No que toca aos meios extrajudiciais prévios, em Portugal, há, como já referido, atuação do Provedor de Justiça, órgão independente, responsável por concentrar as demandas individuais e coletivas em relação às autoridades públicas. No Brasil não há similar, havendo apenas algumas funções semelhantes atribuídas ora ao Ministério Público ora à Defensoria Pública. Refiram-se algumas experiências incipientes de abordagens dialógicas interinstitucionais, inclusive entre os diferentes órgãos da federação, na área da seguridade social, especialmente dos serviços de saúde.<sup>670</sup>

Quanto às soluções consensuais nos processos judiciais, em Portugal, recuperando secular praxe, foram instituídos os Juizados de Paz pela Lei n. 78, de 13 de julho de 1991, os quais funcionam de forma semelhante aos Juizados Especiais

<sup>667</sup> KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 93-95.

<sup>668</sup> A respeito, ver a obra de Paulo Afonso Brum Vaz, na qual o autor dedica um capítulo ao tema da conciliação em matéria de direitos sociais, abordando, dentre outras questões, os limites éticos e legais e os condicionamentos às soluções consensuadas a respeito de demandas relativas a prestações sociais, considerando a indisponibilidade dos direitos e o interesse público. Conforme VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016, p. 243-289.

<sup>669</sup> Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Pt:PDF>. Acesso em 28. Jan. 2018.

<sup>670</sup> Ilustre-se com as experiências de criação de Comitês integrando os diferentes órgãos da federação responsáveis pela prestação de serviços de saúde, nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Norte e Distrito Federal. DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. *Cadernos Iberoamericanos de Direito Sanitário*. V. 2, n. 2 (2013).

do Brasil, sendo a competência igualmente delimitada pelo valor da causa<sup>671</sup>. O artigo 2. da referida lei prevê o direcionamento à participação cívica dos interessados e o estímulo da justa composição de litígios por acordo entre as partes.

Refiram-se ainda várias regulamentações parciais admitindo a mediação a respeito de questões relativas aos bens de consumo, ao direito do trabalho, ao direito penal, e especialmente no que interessa ao presente trabalho, em relação a demandas pertinentes aos serviços públicos essenciais (art. 15, n.2, Lei n. 23/96 na redação da Lei n. 6/2011), construindo-se aos poucos os elementos para a consolidação da mediação no sistema português<sup>672</sup>. Por fim, mais recentemente, foi editada a Lei n. 29/2013, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública.

Em termos de formas judiciais conciliatórias de resolução de conflitos, no Brasil o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, fixando que compete ao Poder Judiciário oferecer mecanismos consensuais de solução de controvérsias, além da adjudicação por sentença. Por seu turno, o novo Código de Processo Civil inseriu dispositivos fortalecendo as práticas consensuais, especialmente a conciliação.<sup>673</sup> Uma lei especial, a Lei n. 13.140/2015 disciplinou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e dispôs sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Por fim, no sistema judiciário brasileiro funcionam os Juizados Especiais e Juizados Especiais Federais (CRFB, art. 98, I), nos quais há previsão de priorização das formas conciliatórias de resolução de conflitos, consignando a lei de regência expressamente que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (artigo 2º da Lei nº 9.099/95 combinado

---

<sup>671</sup> COSTA E SILVA, Paula. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade. *Revista de Processo*, v. 33, n. 158, p. 93-106, abr. 2008, p. 102-103. Ver também: FERREIRA, J. O Cardona. Sistemas de justiça e mediação. *Themis*. Ano VI. N. 11. p. 189-199, 2005.

<sup>672</sup> CARVALHO, Jorge Morais. A consagração legal da mediação em Portugal. *Julgar*. n. 15. p. 271-290. Coimbra. 2011.

<sup>673</sup> BASTOS, Isis Boll A; QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. Uma breve análise sobre a inserção da mediação no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). *Interfaces Acadêmica*, Concórdia, v. 10, n. 1, p. 99-110, 2015.

com o artigo 1º da Lei nº 10.259/01).

Saliente-se, entretanto, que no Brasil as soluções consensuais encontram resistência na Administração Pública e inclusive na advocacia pública, padecendo ainda os órgãos públicos de falta de estrutura adequada voltada ao tratamento adequado dos litígios judiciais.<sup>674</sup>

Conclui-se, neste tópico, que tanto em Portugal quanto no Brasil se encontram ainda em fase de consolidação mecanismos de composição consensual dos conflitos, cuja utilização pode representar uma alternativa para maior participação e também para o aperfeiçoamento das relações institucionais.

Com estas considerações se encerra a abordagem do tratamento dado aos direitos fundamentais sociais nas constituições brasileira e portuguesa. A partir de uma análise comparativa dos diferentes textos constitucionais, nos aspectos da estrutura normativa, foram traçadas as assimetrias e simetrias entre os dois sistemas, no que toca à categorização constitucional dos direitos sociais, aos limites, às restrições e aos mecanismos de tutela.

Cabe, em prosseguimento do trabalho, investigar o tema da crise do Estado Social e dos desafios para a manutenção do modelo como vetor de transformação social. Será abordada a jurisprudência da crise, perquirindo-se de seus aportes para a definição de parâmetros para a melhor composição dos direitos fundamentais sociais frente à crise financeira.

---

<sup>674</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016, p. 239-244.

## CAPÍTULO III

### A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPO DE CRISE

I chose to remain a domiciled taxpayer for a couple of reasons. The main one was that I wanted my children to grow up where I grew up, to have proper roots in a culture as old and magnificent as Britain's; to be citizens, with everything that implies, of a real country, not free-floating ex-pats, living in the limbo of some tax haven and associating only with the children of similarly greedy tax exiles.

A second reason, however, was that I am indebted to the British welfare state; the very one that Mr. Cameron would like to replace with charity handouts. When my life hit rock bottom, that safety net, threadbare though it had become under John Major's Government, was there to break the fall. I cannot help feeling, therefore, that it would have been contemptible to scarp for the West Indies at the first sniff of a seven-figure royalty cheque. This, if you like, is my notion of patriotism. On the available evidence, I suspect that it is Lord Ashcroft's idea of being a mug.

J. K. Rowling<sup>675</sup>

Como é que uma sociedade com transparência e maturidade democrática pode conferir tamanhos poderes a alguém que não foi escrutinado democraticamente?

Pedro Passos Coelho<sup>676</sup>

### 3.1 O ESTADO SOCIAL EM CRISE?

#### 3.1.1 Crise do Estado social

A ideia de Estado Social como aliança que possibilitasse o melhor de dois mundos, ou seja, ao mesmo tempo garantisse o progresso econômico e desenvolvesse um quadro de justiça social, vem sendo objeto de crescente descrédito. Não obstante os direitos sociais pareçam estar ainda melhor protegidos na Europa do que em qualquer outro lugar do mundo,<sup>677</sup> o modelo europeu, tido como

<sup>675</sup> ROWLING, J. K. The single mother's manifesto. Disponível em [http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest\\_contributors/article7096786.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/columnists/guest_contributors/article7096786.ece). Acesso 28 set 2017. Sem grifos no original.

<sup>676</sup> Primeiro-Ministro de Portugal, Pedro Passos Coelho, referindo-se às decisões do Tribunal Constitucional na jurisprudência da crise. Disponível em: [http://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/passos\\_coelho\\_diz\\_que\\_juizes\\_do\\_c\\_onstitucional\\_tem\\_de\\_ser\\_mais\\_bem\\_escolhidos](http://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/passos_coelho_diz_que_juizes_do_c_onstitucional_tem_de_ser_mais_bem_escolhidos)

<sup>677</sup> O'CONNOR, Colm. Austerity and the faded dream of a 'social Europe'. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

verdadeiro objeto de aspiração nos países periféricos<sup>678</sup>, se encontra em dificuldades, pelo esboroamento de seus pressupostos em razão das mudanças operadas na sociedade e nas relações sociais;<sup>679</sup> aparentemente era demasiado utópica a noção de sociedade capaz de proteger a todos e a cada um.

Findos os 30 gloriosos anos, em função da crise do petróleo na década de 1970, teve início um período conturbado para o Estado Social, a qual vem se intensificando e levando a que, nos anos mais recentes, se discuta cada vez mais a sustentabilidade desse modelo.

Já em 1980, em relatório intitulado “*Welfare State in crisis*”, apontava a OCDE - Organisation for Economic Co-operation Development que os benefícios sociais que tinham apresentado rápido crescimento nas décadas anteriores tendiam à retração em face do baixo crescimento e do desemprego.<sup>680</sup>

Na mesma época, começaram a surgir estudos sobre o tema.<sup>681</sup> Em 1984, Sônia Draibe e Wilnês Henrique traçaram um panorama das principais posições a respeito da crise do Estado social na literatura internacional sobre a matéria. Sistematizaram os argumentos críticos em oito categorias, que, de forma sintética, consistiram no seguinte: (a) não se trataria de uma verdadeira crise, antes de mutação na natureza e operação; (b) o Estado social seria uma estrutura perniciosa que corresponderia a uma concepção perversa e falida do Estado; (c) é uma crise sobretudo de caráter financeiro-fiscal; (d) é uma crise produzida pela centralização e burocratização excessivas; (e) a crise se deve à perda da eficácia social do *Welfare State*; (f) é uma crise de legitimidade e de baixa capacidade de resistência da opinião pública; (g) a crise deve-se ao colapso do pacto político do pós-guerra; (h) a crise se deve à incapacidade do Estado Social de responder aos novos valores predominantes nas sociedades pós-industriais.<sup>682</sup>

<sup>678</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. Paradoxos e utopias do Estado de bem-estar social: interface luso-brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: interface Brasil/Portugal*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

<sup>679</sup> CAUPERS, João. A agonia do Estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, 2010. p. 45-49.

<sup>680</sup> OCDE - Organisation for Economic Co-operation Development. *The welfare state in crisis: an account of the Conference on Social Policies in the 1980s*, OECD, Paris, 20-23 October, 1981.

<sup>681</sup> Destaque-se a obra de ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-providence*. 3. ed. Paris: Le Seuil, 1992, destacando os problemas do modelo especialmente no aspecto do financiamento, cuja primeira edição datou de 1981. O tema voltou a ser tratado pelo autor em 1995, desta vez sob o enfoque da crise de solidariedade. ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l'Etat-providence*. Paris: Seuil, 1995.

<sup>682</sup> DRAIBE, Sônia; HENRIQUE, Wilnês. *Welfare State, crise e gestão da crise: um balanço da*



De tudo, o que se evidencia é que a crise do Estado Social não é só uma crise financeira, mas sim tem raízes mais amplas, que dizem com profundas alterações na sociedade, na economia, nas relações de poder e nos valores da sociedade.

Inicialmente, porque a missão do Estado Social não é tarefa simples, frente à dissintonia entre o modelo econômico vigente e a ideia de realização da utopia da justiça social pela via da intervenção estatal. Em antigo texto Habermas atribui a crise do Estado de Bem-Estar Social às limitações de sua concepção redistributiva frente a um sistema econômico excludente: apontava ser o Estado “uma moldura demasiado apertada para assegurar adequadamente a política econômica keynesiana ante os imperativos do mercado mundial e das políticas de investimento das multinacionais”.<sup>683</sup>

Outro aspecto diz com a gradual debilitação do principal encarregado da condução das políticas sociais. O modelo, na sua gênese, se estrutura sobre um Estado forte, com poder e capacidade de convencer e negociar a sua intervenção no domínio econômico para a redistribuição de riquezas.<sup>684</sup> Ora, no momento está em crise o Estado nacional tal como concebido desde a Paz de Vestfalia, ou seja, estruturado na noção de um povo sob uma unidade territorial politicamente organizada, tendo como característica essencial a soberania interna e externa<sup>685</sup> e sendo detentor do monopólio da jurisdição e da legislação<sup>686</sup>.

Na síntese de Zagrebelsky, a soberania vem se desvanecendo como representação do Estado, em todas as suas dimensões: no plano interno, defrontada pelo pluralismo político e social e pela formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, nos campos político, econômico, cultural e religioso; no plano externo, pela institucionalização progressiva de ‘contextos’ que integram seus poderes em dimensões supraestatais e pela atribuição de direitos aos indivíduos os

---

literatura internacional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 3, n. 6, fev. 1988, p. 53-78.

<sup>683</sup> HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109. Também em: HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: \_\_\_\_\_. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

<sup>684</sup> HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109. Também em HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: \_\_\_\_\_. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

<sup>685</sup> CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Pascoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010, p. 47.

<sup>686</sup> TAJADURA TEJADA, Javier. La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización. *Nuevas Políticas Públicas – Anuário Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, 2006, p. 121-137, p. 126.

quais podem recorrer às jurisdições internacionais frente aos Estados que pertencem.<sup>687</sup>

Essas evoluções jurídicas dão conta de uma profunda transformação das representações e das práticas, sinalando um enfraquecimento do Estado em seu papel institucional.<sup>688</sup> Na globalização, no desvanecimento das fronteiras econômicas, o Estado não é mais o único detentor do monopólio do poder, que se pulveriza e se multiplica, sendo desafiada a sua potencial capacidade de intervenção social, passando de estado ‘pedagogo’, controlador e protetor para Estado regulador.<sup>689</sup>

O Estado-Nação territorial não dá conta dos problemas que são produzidos extraterritorialmente, globalmente,<sup>690</sup> restando desmuniado de seus instrumentos para dirigir o processo econômico.<sup>691</sup> Esta insuficiência do Estado como protetor dos direitos sociais ficou bem patente na recente crise na Europa, na qual se evidenciou o protagonismo desempenhado pelas instituições que compõem a Troika - o Fundo Monetário Internacional, o Banco Europeu e a Comissão Europeia.<sup>692</sup>

Por outro lado, afora o enfraquecimento da soberania do Estado e a pulverização das esferas de poder, também os riscos com os quais a sociedade se depara se complexizaram e se multiplicaram. Como salienta Ulrich Beck, vivemos em uma sociedade de risco global, na qual as ameaças e os riscos se metamorfoseiam e se amplificam; não tememos mais apenas catástrofes naturais, mas também as catástrofes causadas pela ação humana, pelos processos de produção industrial e pelo desenvolvimento científico e tecnológico, pela “ameaça civilizatória” diante da qual “a sociedade se encontra confrontada consigo mesma”.<sup>693</sup> Os rápidos câmbios tecnológicos dificultam a atuação do Estado, complexizando a eficácia de suas

<sup>687</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 5. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003, p. 10-11. Vieira de Andrade, ao referir-se ao fenômeno, fala em “falência do Estado”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63-64.

<sup>688</sup> BEC, Colette. *De l'état social à l'état des droits de l'homme?* Ebook. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2011.

<sup>689</sup> CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Pascoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010, p. 45.

<sup>690</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução Renato Aguiar. Revisão Inês Dias. Lisboa: Relógio D'Água, 2016, p. 36.

<sup>691</sup> TAJADURA TEJADA, Javier. La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización. *Nuevas Políticas Públicas – Anuário Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, 2006, p. 121-137, p. 127.

<sup>692</sup> NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>693</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2013. E-book.

políticas<sup>694</sup> e potencialmente ensejando novas formas de desrespeito aos direitos fundamentais<sup>695</sup>. Perante tais condições de complexidade, incerteza e instabilidade, evidencia-se que talvez seja ilusória a ideia de um Estado capaz de assegurar o bem-estar e garantir, ou até manter, um determinado padrão de bem-estar para as gerações futuras.

Outros elementos que contribuem para a crise do Estado Social referem-se ao próprio crescimento do amparo estatal. Sob certo aspecto, o modelo protetivo de Estado acaba por se tornar uma vítima de seu próprio sucesso.<sup>696</sup>

Habermas considera ter havido na modernidade o esgotamento das energias utópicas, conduzindo o Estado Social a um “beco sem saída”. Refere que as utopias sociais da ciência, da técnica, do planejamento e também a confiança na sociedade do trabalho foram abaladas ao longo do tempo:

As utopias clássicas traçaram as condições para uma vida digna do homem, para a felicidade socialmente organizada; as utopias sociais fundidas ao pensamento histórico — que interferem nos debates políticos desde o século XIX — despertam expectativas mais realistas. Elas apresentam a ciência, a técnica e o planejamento como instrumentos promissores e seguros para um verdadeiro controle da natureza e da sociedade. Contudo, precisamente essa expectativa foi abalada por evidências massivas. A energia nuclear, a tecnologia de armamentos e o avanço no espaço, a pesquisa genética e a intervenção da biotecnologia no comportamento humano, a elaboração de informações, o processamento de dados e os novos meios de comunicação são técnicas de consequências intrinsecamente ambivalentes. E quanto mais complexos se tornam os sistemas necessitados de controle, tanto maiores as probabilidades de efeitos colaterais disfuncionais. Nós percebemos diariamente que as forças produtivas transformam-se em forças destrutivas e que a capacidade de planejamento transforma-se em potencial desagregador.<sup>697</sup>

<sup>694</sup> SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Penguin, 2016. E-book.

<sup>695</sup> RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais. Os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público* (Londrina), v. 10, p. 9-38, 2015, p. 13.

<sup>696</sup> HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109. Também em HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: \_\_\_\_\_. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 105.

<sup>697</sup> HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109. Também em HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: \_\_\_\_\_. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 105.

Para Ulrich Beck, fatores internos contribuíram para a perda da “energia utópica” do Estado Social. No curso do processo de renovação na modernidade nos países mais ricos e desenvolvidos foram destruídos os dois pilares sobre os quais o Estado Social se assentava, quais sejam, a necessidade de afastar a fome e a pobreza e o desenvolvimento da produção e da ciência geradoras de prosperidade da sociedade. Isso porque, de um lado, foi alcançado um grau de proteção social bastante avançado, tendo as condições de vida tiveram uma notável melhora em relação à primeira metade do Século XX; assim sendo, desapareceu a urgência de afastar a pobreza e a fome, como substrato para a admissão de intervenção na sociedade. De outro lado, no processo de desenvolvimento ocorreu a ‘liberação das forças destrutivas’, dos riscos do processo produtivo e da ciência, bem como do crescimento do poder “não político” do qual decorre a correspondente debilitação da atuação política do Estado<sup>698</sup>.

Há, também, na base desse conflito, uma crise de solidariedade, inclusive porque as formas tradicionais de amparo mútuo e solidariedade foram se enfraquecendo com as transformações sociais, a progressiva mercantilização da terra e do trabalho e a instituição de formas públicas de assistência.<sup>699</sup> Para Alain Supiot, também contribuiu para o esvaziamento das formas tradicionais de solidariedade a forma de articulação da justiça social no mundo do trabalho, na qual se exige ao trabalhador que abra mão de parte de sua liberdade para que possa usufruir de um mínimo de segurança econômica, processo que acarreta a despersonalização da solidariedade, reduzida a uma máquina burocrática e minando as várias formas de solidariedade civil.<sup>700</sup>

De outro lado, há também uma evolução das demandas da sociedade, que se complexificam; a crescente expansão dos direitos acarreta o crescimento das reivindicações da sociedade. Nas novas realidades, surgem novos direitos, novos desafios que conduzem ao questionamento de em que termos e até que ponto se pode distribuir entre a sociedade a responsabilidade pelo bem-estar de todos, a partir de tão diversas e plurais aspirações e reivindicações.

---

<sup>698</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2013. E-book.

<sup>699</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón*. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>700</sup> SUPIOT, Alain. *Grandeur et misère de l'État social*. Paris: Fayard/College de France, 2013, 62 p. Disponível em: <http://books.openedition.org/cdf/2249>.

Habermas apontava também que o Estado de Bem-Estar social estava causando um inchamento excessivo do Estado, de modo que “uma densa malha recobre de normas jurídicas, de burocracias estatais e paraestatais o dia-a-dia dos clientes potenciais e efetivos”.<sup>701</sup> Ora, em tempos de realização e consciência de cidadania, aumentam as expectativas em relação aos serviços públicos. Entretanto, as pesadas estruturas tecnoburocráticas concebem-se desconectadas da demanda social, em caminho de sentido inverso à democracia<sup>702</sup>.

Outras mudanças na estrutura da sociedade refletem novos desafios para o Estado Social, que se vê afetado não só na sua base contributiva como no aspecto da potencialização dos gastos com as prestações sociais. A manutenção das tarefas do Estado Social exige a garantia de recursos financeiros mediante uma base fiscal robusta, de modo a distribuir os encargos entre as gerações. Pois essa base contributiva vem sofrendo uma inversão nos últimos tempos. As mudanças das condições sanitárias e os avanços da medicina, de um lado levaram ao aumento da expectativa de vida e, de outro, à diminuição da natalidade. Menos nascimentos e expectativas de vida mais longas representam menos contribuições e mais custos para o Estado Social, tanto com prestações de seguro social como no setor da saúde.

Ainda, a própria noção de “social” se encontra sob fogo cruzado. João Loureiro elenca as posições que polemizam a inserção do “social” como fim do Estado, a começar pela crítica neoliberal, amparada nas ideias de Hayek, para quem as políticas redistributivas constituem ameaças aos direitos de liberdade. Menciona também a já referida crítica moderada de Habermas que aponta como elementos patológicos do modelo os traços paternalistas e os exageros burocráticos, reconhecendo entretanto ser necessário salvaguardar o Estado social.<sup>703</sup> O autor menciona também a crítica na perspectiva da teoria sistêmica, tendo por base o pensamento de Luhmann, para quem o Estado social tende a intervir em áreas que não pode controlar e com isso acarreta disfuncionalidade no sistema e degradação do direito; e a crítica de matriz

---

<sup>701</sup> HABERMAS, Juergen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 18, p. 103-114, set. 1987, p. 107-109. Também em: HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: \_\_\_\_\_. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

<sup>702</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 71.

<sup>703</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 85-88.

feminista, pela desvalorização das prestações a cargo das mulheres, constituindo o modelo um instrumento de domínio masculino e acarretando a “feminização da pobreza”. Defende o autor que estas críticas demonstram que se fazem necessárias alguma correção de rumos, entretanto, “[...] não tem de conduzir a um descartar do Estado Social, mas antes a uma outra configuração”.<sup>704</sup>

Ainda na perspectiva da socialidade acoplada ao Estado, João Loureiro refere a polémica acerca da concepção do Estado como “Estado prestador” e “Estado regulador”, concluindo que nesta parte um modelo mais adequado aos novos desafios e exigências da sociedade seria um modelo de “Estado garantidor”, cujos elementos de análise se desdobrariam em uma divisão de responsabilidades entre o Estado e o mercado, na emergência da importância do terceiro setor ou economia social, na reorientação do papel desempenhado pelas estruturas privadas e sociais, bem como na responsabilidade pelas infraestruturas (telecomunicações, água, energia, transportes).<sup>705</sup>

Por fim refira-se ainda que há também críticas mais pontuais, relativas ao modo de funcionamento do modelo de Estado Social estruturado principalmente na previdência social. Aponta-se, em tempos de crise, a existência de disparidade de responsabilidades e benefícios entre as gerações, sendo a geração mais antiga beneficiária do período de prosperidade econômica e a nova geração onerada com condições mais dificultadas. Critica-se que o sistema conduz à injustiça no aspecto de estabelecer condições desiguais entre as gerações, especialmente apontando-se que a geração mais nova tem que pagar a conta dos benefícios das gerações mais velhas, os quais, nessa ótica, são tidos como privilégios injustos.<sup>706</sup>

Na mesma linha de críticas às políticas do Estado Social em uma perspectiva intergeracional, a proteção segmentada vinculada ao mundo do trabalho é criticada por ampliar a desigualdade, em função da realidade atual europeia de alto desemprego, da precariedade do trabalho e dos baixos salários da geração mais jovem, em comparação com a anterior.<sup>707</sup>

---

<sup>704</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 88-89.

<sup>705</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 98.

<sup>706</sup> SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2016.

<sup>707</sup> SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos

Constata-se que as aparentemente sólidas bases sobre as quais se estruturava o Estado social ao tempo do seu desenvolvimento e ampliação vão se desmanchando no ar, gerando um quadro de crise e colocando em xeque a permanência do modelo.

### 3.1.2 Uma crise dentro de outra, e mais outras que se avizinham

O quadro de crise do Estado Social que já vinha desde 1970 e especialmente a partir da década de 90, quando começou a ser cada vez mais fortemente questionada a própria sustentabilidade do sistema<sup>708</sup>, veio a ser potencializado desde a recente crise financeira mundial que acarretou uma séria crise das finanças públicas em vários Estados.

As crises econômicas, refere Poulantzas, não são acidentais no capitalismo, e sim a concepção de crise é ínsita ao sistema, pois “os *elementos genéricos de crise* (devidos à luta de classes) estão constantemente em ação na reprodução do capitalismo”, podendo-se dizer, em certo sentido, que “o capitalismo esteve sempre em crise”; o problema surge quando a crise repercute e se converte em crise política<sup>709</sup>.

Castells, Cardoso e Caraça entendem que a recente crise não é apenas mais uma crise econômica; para os autores, o próprio capitalismo está em crise “estrutural e multidimensional”, tendo-se evidenciado que as condições econômicas e sociais nas quais ocorreu o seu crescimento nas décadas anteriores já não são mais as mesmas, sem que seja ainda possível definir o desenvolvimento futuro<sup>710</sup>.

Paradoxalmente, na crise iniciada em 2007, foram os Estados que socorreram as instituições financeiras, desvendando as frágeis bases do mito da autorregulação do mercado. Como bem lembra Loureiro, ocorreu o que até pouco tempo se afigurava

---

Santos, 2016.

<sup>708</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da ‘constituição social’). *Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm) Acesso em 15 de junho de 2012.

<sup>709</sup> POULANTZAS, Nico. As transformações atuais do Estado, a crise política e a crise do Estado. In: POULANTZAS, Nico.(Dir.). *O estado em crise*. Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 5 e 6 e ss.

<sup>710</sup> CASTELLS, Manuel; CARAÇA, João; CARDOSO, Gustavo. *A crise e seus efeitos: As culturas econômicas da mudança*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Túlia Marques. São Paulo: Paz e Terra, 2015. E-book.

como inconcebível: “nacionalizações no setor bancário e, em geral, um apelo para a intervenção do Estado, representado como instância salvífica e milagreira, nos mercados”.<sup>711</sup>

Os efeitos da crise financeira e econômica a partir de 2008 se estenderam, em cascata, no setor industrial, nos empregos e a seguir em uma crise fiscal dos Estados. Contudo, as repercussões não se deram do mesmo modo e na mesma proporção em todas as regiões. Houve repercussões em diferentes graus, inclusive dentro da União Europeia, onde alguns Estados foram muito mais atingidos do que outros.<sup>712</sup>

Foi uma crise global mas não foi global, sendo que as economias marginais, como a América Latina, foram afetadas em muito menor proporção e também tiveram recuperação mais rápida.<sup>713</sup> Conforme Pekka Himanen, “se observarmos o mapa da crise, não se trata de uma ‘crise financeira e econômica global’” e sim uma “crise dos países industrializados”, tendo impactado da América do Norte à Europa e aos países asiáticos industrializados, mas de forma muito menos grave as economias emergentes da América Latina, Ásia, África e Oriente Médio.<sup>714</sup> Também no âmbito da União Europeia, em alguns Estados europeus, como França, Alemanha, Benelux e países nórdicos, a recuperação da crise foi mais rápida, restando fortes as redes de proteção social.<sup>715</sup>

Os desdobramentos da crise impactaram a todos os direitos fundamentais, mas especialmente em relação aos direitos sociais. Conforme dados da Organização Mundial do Trabalho, entre 2008 e 2009 mais de 20 milhões de pessoas perderam seus postos de trabalho. Constata-se ainda que os efeitos da crise se fizeram sentir

<sup>711</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 16.

<sup>712</sup> CASTELLS, Manuel; CARAÇA, João; CARDOSO, Gustavo. Introdução. In: \_\_\_\_; (Orgs.). *A crise e seus efeitos: As culturas econômicas da mudança*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Líliliana Pacheco e Túlilila Marques. São Paulo: Paz e Terra, 2015. E-book.

<sup>713</sup> OTTONE, Ernesto. Uma crise não global? Desafiar a crise na América Latina. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org.) *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Tradução Alexandra Figueiredo, Líliliana Pacheco e Túlilila Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book.

<sup>714</sup> HIMANEN, Pekka. Crise, identidade e Estado de bem-estar social. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org.) *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Tradução Alexandra Figueiredo, Líliliana Pacheco e Túlilila Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book.

<sup>715</sup> O’CINNEIDE, Colm. Austerity and the faded dream of a ‘social Europe’. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.



de forma desproporcional em relação aos grupos mais vulneráveis.<sup>716</sup>

Em face da crise fiscal, foram adotadas medidas de austeridade em alguns Estados, especialmente depois de 2010,<sup>717</sup> causando grande “dano colateral humano”<sup>718</sup> ao atingir diretamente as redes de proteção social, dentre os quais serviços de saúde, educação, questões relativas ao trabalho e redução ou suspensão de prestações previdenciárias e assistenciais.

Como bem salienta Celia Kertenetzky, não se deve confundir a crise do Estado de bem-estar com a crise financeira internacional. Pode-se considerar que houve alguma repercussão recíproca, mas aquela é anterior e mais ampla, dizendo respeito à questão da própria sustentabilidade intrínseca do Estado Social.<sup>719</sup> Entretanto, a partir da recente crise financeira o modelo de Estado Social foi realmente colocado sob tensão,<sup>720</sup> crescendo as correntes que apontam que o Estado Social é inviável e que as políticas sociais são causadoras de gastos públicos insustentáveis.<sup>721</sup> Será, enfim, hora de começar a dar adeus ao “sonho europeu”?

A resposta parece se inclinar no sentido da negativa.

É certo que sob a bandeira “social”, abrigam-se as mais variadas concepções e teorias políticas, desde a social democracia, o socialismo de esquerda até mesmo excessos e abusos autoritários, inclusive algumas das mais terríveis experiências da nossa história recente. Como lembra Canotilho, também os Estados comunistas, Estados de não direito, no qual se confundiam Estado, direito, classe e partido, se encobriam sob uma pretensa “legalidade socialista”, ou “Estado de direito socialista”.<sup>722</sup>

<sup>716</sup> SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>717</sup> SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>718</sup> BECK, Ulrich. *A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder*. Tradução Kristina Michahelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015. E-Book.

<sup>719</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>720</sup> LEFEBVRE, Matthiew; PESTIEAU, Pierre. *L'État-providence*. Défense et illustration. Paris: PUF, 2017. E-book.

<sup>721</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>722</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>, Acesso em 12 set. 2017, p. 6.

Também se identificam experiências desviadas, e aqui faço uso da terminologia usualmente referida na doutrina portuguesa, qual seja, o Estado-Providência, correspondendo ao Estado excessivamente paternalista e tecnoburocrático, com benesses corporativas injustificadas e privilégios excessivos.

A respeito, assevera Catarina Botelho que devido ao período de grande prosperidade econômica depois da segunda guerra mundial, houve um agigantamento do Estado Social europeu e um excesso de intervencionismo, que de outro lado fez surgir certo sentimento de que o Estado deveria ser responsável pelo suprimento de todas as necessidades da sociedade, mesmo aquelas não estritamente necessárias, projeto que se faz, obviamente, inviável.<sup>723</sup> A autora em outra obra assim resume essa “impotência” constitucional:

Na nossa perspetiva e em paralelo, espera-se demais da Constituição, vendo-se nela paradoxalmente tudo e nada: tudo, no sentido de que o bem-estar social depende da configuração que a mesma atribuiu ao Estado social; e nada, visto que, quando as políticas públicas não logram o resultado pretendido, não tardam a surgir vozes alarmistas que, com palavras de ordem sonantes, defendem a Constituição como um documento descartável, apelando à sua constante revisão.<sup>724</sup>

Claro que não se pode esperar do Estado o suprimento de todas as necessidades, nem seria sustentável se assim fosse. O que se quer salientar é que, em certo sentido o modelo é como uma veste que eventualmente comporta tipos desviados, abusos e excessos, “tudo pelo social”.

Contudo, não é caso de, por tais motivos, decretar a morte do Estado Social; é incontestável que não se pode retornar à situação anterior, de desproteção dos direitos sociais. Como refere Bauman, a história nos ensinou que os mercados voltados para o lucro, se deixados a seus próprios mecanismos, levam a catástrofes econômicas e sociais.<sup>725</sup>

Por outro lado, nos países pobres e emergentes nos quais não se alcançou um nível adequado de proteção social, ainda persistem questões graves por equacionar. Especialmente nesses casos a construção de um Estado social constitui

---

<sup>723</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social. *ROA*, a. 75, n. 1 e 2, p. 259-293, 2015, p. 280-281.

<sup>724</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 419.

<sup>725</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução Renato Aguiar. Revisão Inês Dias. Lisboa: Relógio D'Água, 2016, p. 23.

um elemento essencial do processo de modernização e desenvolvimento, revestindo-se “de uma importância fundamental para o futuro do planeta”.<sup>726</sup>

Edgar Morin refere que na origem o termo crise significa “decisão”, momento decisivo na evolução de um processo incerto; atualmente se identifica o termo com o momento de perturbação, de ruptura do equilíbrio, no qual surgem as incertezas. Para o autor, uma crise é potencialmente geradora de ilusões e/ou de atividades inventivas; pode ser tanto fonte de progresso, ensejando a criação de soluções novas, a superação das contradições e dilemas, ampliando a complexidade do sistema quanto fonte de regressão, para além das contradições, reconduzindo o sistema a um estado de coisas menos complexo. Mas toda crise é potencialmente evolutiva, porta em si os caracteres para gerar uma evolução, é, em suma, um microcosmo da evolução.<sup>727</sup>

O que de fato restou muito evidenciado com a recente crise do Estado Social na Europa é que está em curso um processo de mudança, no qual ainda não se pode vislumbrar o caminho que as coisas vão tomar. Novos desafios à manutenção do Estado Social se avizinham. Aliados às questões demográficas, ao envelhecimento da população pela queda da taxa de natalidade e pelo aumento da expectativa de vida da população, aproximam-se novos e substanciais desafios à manutenção dos sistemas de proteção social.

Em tempos de emergência da chamada “indústria 4.0” ou “quarta revolução industrial”<sup>728</sup>, o rápido crescimento das novas tecnologias causa mudanças profundas e sem precedentes, que afetam das mais variadas formas a todos os países, setores, empresas, enfim, alcançando a sociedade em seu conjunto.

De forma diversa das mudanças anteriores, as novas tecnologias impactam os direitos sociais;<sup>729</sup> o crescimento econômico passa a se fazer possível de forma desatrelada, quase independente, da produção de empregos. Ainda, contribuem para acirrar a tensão entre o mercado e os direitos fundamentais, com a predominância do consumo sobre o homem consumidor,<sup>730</sup> bem como impulsionando o potencial

<sup>726</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 478-479.

<sup>727</sup> MORIN, Edgar. *Pour une crisologie*. Paris: de L'Herne, 2016. E-Book.

<sup>728</sup> SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Penguin, 2016. E-book.

<sup>729</sup> Tratando do tema da interferência das novas tecnologias em relação aos direitos sociais, destacando a necessidade de adaptação e reinvenção do direito em decorrência dos desafios das novas tecnologias, ver MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Sociedade da informação e direitos sociais*. Breves reflexões, algumas inquietudes. Disponível em: [https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/09\\_carlosalbertomolinaro.pdf](https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/09_carlosalbertomolinaro.pdf).

<sup>730</sup> Salientando os problemas decorrentes da predominância do consumo em detrimento do

aumento da desigualdade social e da concentração de renda.<sup>731</sup>

As mudanças tecnológicas, especialmente em relação ao mundo do trabalho e da produção, impactam também o custeio das políticas sociais, notadamente dos sistemas previdenciários baseados predominantemente nas contribuições incidentes sobre a relação laboral. Com a automação dos procedimentos produtivos, surgem as empresas quase sem, ou mesmo sem empregados, e em consequência reduz-se o pagamento de salários e o aporte de contribuições para os sistemas de proteção social, demandando que sejam repensadas as formas de custeio dos sistemas previdenciários.<sup>732</sup>

Acresça-se que nos últimos anos vem ocorrendo uma enorme mobilização de pessoas, especialmente - mas não só<sup>733</sup>- na Europa, onde a afluência de migrantes e refugiados vem registrando números recordes: apenas no final do ano de 2016 65,6 milhões de pessoas se deslocaram em virtude de conflitos e de perseguições<sup>734</sup> políticas ou religiosas<sup>735</sup>, sendo considerada a maior crise migratória europeia já ocorrida.<sup>736</sup>

---

consumidor, no aspecto da proteção de dados pessoais, ver: RUARO, Regina Linden; MOLINARO, Carlos Alberto. Conflito real ou aparente de interesses entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. In: RUARO, Regina Linden; MAÑAS, José Luis Piñar; MOLINARO, Carlos Alberto. (Orgs.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. Porto Alegre: Fi, 2017. E-Book.

<sup>731</sup> SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Penguin, 2016. E-book.

<sup>732</sup> Jorge Eduardo Amorim destaca a virtual insustentabilidade dos modelos de financiamento das prestações de seguridade social fundados na laboralidade em virtude do advento da indústria 4.0, defendendo a migração para sistemas de financiamento mais flexíveis, baseado nas receitas fiscais do Estado. AMORIM, Jorge Eduardo. A indústria 4.0 e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral da segurança social. *Cadernos de Direito Actual*. n. 5 (2017), pp. 243-254. A respeito, ver também a dissertação de mestrado, no qual o autor destaca a importância da solidariedade geral como fundamento ético-jurídico da participação das empresas no custeio das prestações de seguridade social. Conforme AMORIM, Jorge Eduardo. *A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem*. Dissertação (Mestrado em Direito. Área de especialização em ciências jurídico-econômicas). Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Porto. 2017.

<sup>733</sup> Exemplifica-se com o caso das migrações internas na Colômbia, onde mais de 5 milhões de pessoas se encontram em situação de pobreza extrema, deslocando-se para as grandes cidades colombianas e engrossando o cinturão de miséria. LANDAU, David. The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures. In NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-book.

<sup>734</sup> Dados disponíveis no site da Agência de Refugiados da ONU. Disponível em: [http://popstats.unhcr.org/en/overview#\\_ga=1.161717244.1758032516.1471294320](http://popstats.unhcr.org/en/overview#_ga=1.161717244.1758032516.1471294320). Acesso em 15 fev. 2018.

<sup>735</sup> Sem olvidar outros motivos para a migração, dentre os quais se destacam especialmente as causas econômicas e ambientais.

<sup>736</sup> Fato também amplamente noticiado na imprensa. Dentre outros: *Migrant crisis: migration to Europe explained in seven charts*. BBC. Disponível em <http://www.bbc.com/news/world-europe-34131911>, acesso em 28 jan. 2018; *How a record number of migrants made their way*

A questão migratória e seus efeitos tendem a ser subestimados na doutrina, ainda que constituam uma das principais questões de nosso tempo<sup>737</sup>. A migração em massa acarreta novas problemáticas aos sistemas estatais de proteção social, por suas repercussões em relação, dentre outros, à moradia<sup>738</sup>, às relações de trabalho, aos sistemas de saúde, de assistência e de previdência social. Como problemas conexos, a fratura social decorrente da exclusão<sup>739</sup> e a xenofobia<sup>740</sup> compõem um quadro de crise e potencial ameaça ao regime democrático<sup>741</sup> e que desafia soluções ao Direito e às Instituições em termos de proteção dos direitos fundamentais.<sup>742</sup>

Em que pese a virtual ausência de previsão de medidas de adequação estrutural em face dessas questões candentes, vislumbram-se posições otimistas sobre as faculdades de resiliência do Estado Social.

Célia Kertenetzki considera que, a par da mudança no discurso político tendendo à desvalorização do Estado social, na prática têm-se mantido as redes de proteção social, o que para a autora indicia certa “maturidade” e estabilização do modelo. Enquanto nos países menos desenvolvidos se ampliam as instituições de

---

to *Europe*. New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/12/23/world/europe/migrant-crisis-europe-million.html>. Acesso em 28 jan. 2018.

<sup>737</sup> FABRE, Cécile. *Justice in a changing world*. Cambridge: Polity, 2007. E-Book.

<sup>738</sup> Como refere Álvaro Bravo, os refugiados são um dos grupos sociais com maior dificuldade de acesso à habitação. BRAVO, Álvaro Sánchez. El derecho a la vivienda y la crisis en España: de burbujas inmobiliarias y desahucios. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

<sup>739</sup> Compreendendo não só a pobreza mas também o bem-estar, o desemprego, as dimensões da exclusão em relação ao mundo digital, aos espaços urbanos, ao acesso aos bens culturais. LEFEBVRE, Matthiew; PESTIEAU, Pierre. *L'État-providence*. Défense et illustration. Paris: PUF, 2017. E-book.

<sup>740</sup> Salieta Terhi Rantanen que, em uma crise econômica, a sociedade tende a aceitar responsabilidade somente para com os seus cidadãos, mas não com os imigrantes. RANTANEN, Terhi. No nacionalismo nós confiamos? In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book. Por outro lado, Petra Himanen situa nos migrantes a solução para a sobrevivência do Estado Social finlandês, como forma de contrabalançar os efeitos do envelhecimento da população. HIMANEN, Pekka. Crise, identidade e Estado de bem-estar social. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org.) *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Tradução Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Tulia Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book.

<sup>741</sup> Ver a respeito, o texto de Friedrich Müller, que discorre sobre as implicações da exclusão social agravada pela globalização em relação ao exercício da democracia. MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Secretaria Municipal da Cultura. Edição Especial – Outubro 2000.

<sup>742</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais a prestações em tempos de crise. *EJLL – Espaço Jurídico: Journal of Law*. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 271-284, jul./dez. 2014.

bem-estar, na Europa onde já se encontra estabilizado, o Estado social segue vigoroso. Para a autora, está em curso uma mutação qualitativa, com a passagem de um sistema centrado na seguridade social para modelos mais baseados em serviços: de centralizador e executor direto das prestações sociais, o Estado passa a atuar mais nas dimensões regulatória e fiscal. Considera que esse processo de mudança se faz necessário inclusive como evolução do sistema para adaptação aos novos riscos e exigências sociais.<sup>743</sup>

Assim, Pekka Himanen, depois de referir que na Finlândia a recuperação da crise de 2008 foi rápida e o Estado de bem-estar social tem-se mantido forte e continua a funcionar nos mesmos moldes anteriores, consigna que, não obstante, para prevenir o colapso futuro em virtude do envelhecimento da população é hora de pensar em alternativas; propõe um “Estado social 2.0”, adaptado à era da informação e ao multiculturalismo, que busque uma forma mais sustentável de promover tanto o desenvolvimento informacional quanto o desenvolvimento urbano.<sup>744</sup>

Lefebvre e Pestieau traçam um quadro das políticas sociais nos países da Europa, quanto à pobreza, desigualdade, saúde, trabalho, desemprego, proteção das famílias, para concluir que a preocupação com o social é uma característica do povo europeu. Entendem que algumas correções de rumo quanto às políticas sociais e melhor uso dos recursos permitiriam a sobrevivência do modelo de proteção para as próximas gerações.<sup>745</sup>

José Loureiro, a respeito do Estado Social português, refere que o Estado “não é uma categoria, empírica ou normativamente, morta ou moribunda; nem do lado do substantivo (Estado) nem do lado do adjetivo (social)”. O que se encontra esgotado é uma vertente desviada, excessivamente paternalista e que se traduziu por uma “colonização do mundo da vida” e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas. Por seu turno, o Estado social mantém-se, pós-providência, como instância de garantia da proteção social, pois,

---

<sup>743</sup> KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

<sup>744</sup> HIMANEN, Pekka. Crise, identidade e Estado de bem-estar social. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org.) *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Tradução Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Tullia Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book.

<sup>745</sup> LEFEBVRE, Matthiew; PESTIEAU, Pierre. *L'État-providence*. Défense et illustration. Paris: PUF, 2017. E-book.

[...] calejado pela maturidade do tempo, maior ou menor consoante chegou mais cedo (v. g., Alemanha) ou mais tarde (v. g., Portugal, marcado, no caso, por um conjunto de irracionalidades, nomeadamente em domínios como a saúde e a segurança social, que exigem claros esforços de controlo dos interesses e estratégias de racionalização), não escapa ao pós da circunstância: não ao da sua superação, em que o social daria lugar ao pós-social (entre nós, como vimos, a tese de Vasco Pereira da Silva e também de Maria João Estorninho), mas ao alargamento do campo de adjetivação. Com efeito, ao social aparece agora acoplado um pós-providência e, a par da responsabilidade de prestação, afirma-se uma responsabilidade de garantia. O Estado garantidor não é, pois, um Estado desertor.<sup>746</sup>

Catarina Botelho, por sua vez, entende que o modelo está em um ponto de mutação; para a autora, não se está “perante uma morte do Estado social, mas uma metamorfose de contornos ainda muito imprevisíveis. Não são, por conseguinte, de menosprezar as propriedades camaleônicas do Estado social, que comprovam a riqueza do seu conteúdo”.<sup>747</sup>

Em uma perspectiva esperançosa, porventura hoje se esteja em face de um falso dilema e em recuperação da crise, surjam novas alternativas democráticas e participativas. Talvez, como sugere Morin, seja necessário colocar o termo ‘crise’ em ‘crise’, compreendendo que a sociedade é um sistema capaz de ter crises.<sup>748</sup>

Em uma perspectiva mais pragmática, contudo, constata-se que se faz necessária uma reconfiguração do Estado Social para adaptação aos novos tempos e às novas dificuldades. O social deve continuar a ser objeto da agenda política e dogmática, não sendo mais “hoje adjetivo – no sentido de acidente - mas elemento constitutivo ou qualidade essencial do Estado Constitucional”,<sup>749</sup> mas provavelmente seja necessário o redirecionamento a um modelo mais sóbrio, solidário e sustentável.<sup>750</sup>

Carece o modelo de uma reelaboração estrutural que contemple medidas de combate não só à crise que já se fazia presente, mas também soluções de

<sup>746</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 107-108.

<sup>747</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 424.

<sup>748</sup> MORIN, Edgar. *Pour une crisologie*. Paris: de L’Herne, 2016. E-Book.

<sup>749</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 24-25.

<sup>750</sup> SPADARO, Antonino. I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello social europeo”: più sobrio, solidità e sostenibile). *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Abr. 2011. Disponível em <http://www.rivistaaic.it/>. Acesso em 25. Jan. 2018.

composição dos novos desafios da quarta revolução industrial e dos movimentos migratórios, os quais representam potenciais riscos à proteção adequada dos direitos fundamentais como um todo - e muito especialmente dos direitos sociais.

As medidas de reestruturação devem ter por norte as opções mais favoráveis à preservação dos direitos fundamentais, especialmente considerando que os sistemas de proteção social são muito importantes para proteger os mais desfavorecidos durante quaisquer crises, sejam econômicas ou outras, formando uma base para garantir alguma mínima segurança frente à adversidade.<sup>751</sup>

O contexto de crise e os novos desafios que se aproximam suscitam discussão sobre uma das dimensões mais candentes da crise do modelo e da virtual (in)sustentabilidade do Estado atual<sup>752</sup>, qual seja, a sustentabilidade fiscal. A recente crise financeira e a decorrente exteriorização da escassez de recursos potencializou o tema da sobrevivência do Estado Social quanto a este aspecto<sup>753</sup>, indagando-se dos limites e possibilidades financeiros do Estado para a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Num contexto de crise e escassez de recursos, evidencia-se o problema do equilíbrio do orçamento público perante demandas custosas como as dos sistemas de saúde, segurança, educação, seguridade social<sup>754</sup>.

<sup>751</sup> SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>752</sup> Como refere Nabais, a questão da sustentabilidade do Estado tem contornos amplos, sendo a sustentabilidade fiscal apenas um dos seus vetores. NABAIS, José Casalta Nabais. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 23-26. Nessa linha, Loureiro refere ser a sustentabilidade como princípio conformador do sistema de segurança social, surgindo “como dever de ação e também como limite à conformação”, não só estritamente em relação à questão dos recursos econômico-financeiros, mas “também de tomar a sério a sua defensabilidade em termos de impacto no tecido social”. LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 128. A respeito do tema da sustentabilidade como valor constitucional supremo e dever constitucional improtelável do Estado, constituindo-se “(...) princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico, espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos”, ver a obra pioneira de Juarez Freitas, especialmente FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, do qual se extraiu a definição acima.

<sup>753</sup> MOTA, Raquel Gonçalves. Tributação e redução da desigualdade: ainda um caminho possível? In: DANTAS, Miguel Calmon; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro; MODESTO, Paulo; MOTA, Raquel Gonçalves. *Estado social, Constituição e pobreza*. Estudos de Doutoramento I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 217-266.

<sup>754</sup> GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes. *Scientia Juridica*. Braga, tomo LVII, n. 315, jul-set 2008, p. 409-426.



Diz-se que os tributos são “o preço que, todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos”<sup>755</sup>. A tributação constitui o motor da consecução dos fins sociais, o corolário da liberdade, da democracia e do bem-estar da sociedade. Em última instância o custo dos direitos sociais é repartido por toda a sociedade, havendo que se reconhecer alguma razão a Jorge Reis Novais quando assevera que os direitos sociais são também, e sempre, direitos contra outros particulares, sendo o custo das obrigações sociais transferido pelo Estado “aos pagadores de impostos, ou seja, aos outros particulares”<sup>756</sup>. A contribuição para os gastos públicos vem a se constituir em um dever constitucional, com fundamento na solidariedade<sup>757</sup>.

Sabe-se que o Estado Social é um estado oneroso; em que pese, como salienta Ferrajoli, o custo do não atendimento dos direitos sociais seja muito maior do que o custo dos direitos,<sup>758</sup> a implantação deste modelo e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda a necessidade de crescimento da arrecadação. Especialmente nos países mais desenvolvidos, desde a segunda metade do século XX cresceram enormemente as despesas com os direitos econômicos, sociais e culturais – e, em corolário, a arrecadação do Estado nesses países teve um desenvolvimento excepcional no mesmo período - em suma, o poder público nunca teve um peso tão grande.<sup>759</sup>

<sup>755</sup> NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 181.

<sup>756</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 55-56.

<sup>757</sup> Ver, a respeito do tema da solidariedade, o capítulo intitulado “Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania”, em NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 132-161. Sobre a imbricação entre sustentabilidade e justiça intergeracional no campo dos direitos sociais, ver LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 134-135. No que toca à aplicação dos princípios da sustentabilidade e da solidariedade intergeracional ao Estado Social, ver CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Sustentabilidade fiscal sob a ótica da solidariedade e os direitos sociais em xeque*. *RIDB*. Ano 2 (2013). n. 3, 1911-1967.

<sup>758</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma carta dos bens fundamentais*. Tradução Daniela Cademartori e Sergio Cademartori. In: \_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Poa: Livraria do Advogado, 2011. Ingo Sarlet destaca os custos para a sociedade em decorrência do desatendimento dos direitos fundamentais sociais: Ingo Sarlet em SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

<sup>759</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 449/463.

Se as consequências da crise se fizeram sentir em relação aos países mais desenvolvidos, que enfrentaram medidas de austeridade com repercussões também no aspecto fiscal, o problema da sustentabilidade fiscal se torna ainda mais grave nos países pobres e emergentes. Nestes, a taxa de arrecadação é proporcionalmente inferior à obtida pelos países ricos, traçando-se um panorama ainda mais desfavorável à implantação de políticas sociais.<sup>760</sup>

Em regra, é recomendável que qualquer alteração no sistema fiscal não prescindia do exame das consequências da tributação, analisando os impactos da exigência tributária em todos os seus desdobramentos, incluindo as dimensões econômicas, sociais e ambientais<sup>761</sup>.

Do ponto de vista do equacionamento das questões específicas relativas ao custeio do Estado Social, abre-se um leque de alternativas. A primeira e mais elementar, o aumento da carga tributária, se afigura simplista e particularmente insuficiente em tempos de crise. Outros caminhos possíveis passam pela redefinição das bases de incidência tributária, tanto aquelas destinadas ao custeio do sistema em geral, quanto especificamente o redimensionamento da forma de custeio de prestações sociais específicas - especialmente do sistema de benefícios previdenciários.<sup>762</sup>

Ocorre que o equacionamento da questão impõe pensar em soluções estruturais mais amplas, dado que, do ponto de vista da função social do tributo, constata-se que os sistemas tributários, tal como estruturados, tendem a onerar de forma mais grave os mais desfavorecidos e não oferecem mecanismos aptos a controlar a cruel concentração de renda atualmente existente.<sup>763</sup>

Deve-se destacar, no contexto, o papel da extrafiscalidade, "(...) como mecanismo adicional e complementar para a concretização dos direitos fundamentais sociais, especialmente por substituir uma ação positiva direta do Estado por um

---

<sup>760</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 478-479.

<sup>761</sup> FREITAS, Juarez. O tributo e o desenvolvimento sustentável. *Revista Novos, econômicas Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Vol. 21. n. 3. p. 825-845. Set.-dez. 2016.

<sup>762</sup> Refira-se, ilustrativamente, o estudo de AMORIM, Jorge Eduardo. A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem. Dissertação (Mestrado em Direito. Área de especialização em ciências jurídico-econômicas). Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Porto. 2017.

<sup>763</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 478-479.

instrumento indutor de comportamentos”.<sup>764</sup>

Talvez seja caso de pensar-se em superação das fronteiras nacionais, concebendo-se uma “social democracia transnacional” a abranger inclusive o aspecto fiscal.<sup>765</sup> Refira-se, nessa linha, a proposta de Luigi Ferrajoli, que defende ser necessária a criação de um “fisco mundial” supraestatal para atender recursos necessários para as despesas sociais globais<sup>766</sup>.

Uma proposta também bastante arrojada é formulada por Thomas Piketty, que, partindo da constatação da inadequação do modelo fiscal baseado no imposto progressivo sobre a renda para o custeio do Estado Social, propõe como alternativa uma tributação compensatória das deficiências estruturais do sistema capitalista, mediante aumento da progressividade nas faixas mais altas de renda e a criação de um imposto global sobre o capital.<sup>767</sup>

Enfim, quaisquer medidas adaptativas que se fizerem necessárias devem ser feitas em um contexto de transparência e em bases racionais<sup>768</sup>, levando em consideração que, como já referido, a questão da sustentabilidade não se restringe somente ao aspecto fiscal, mas também às dimensões econômica, ambiental, social e também ética.

Sinala Pérez Luño que o Estado social e os direitos sociais são expressões de um programa emancipatório de todos os povos, de modo que qualquer planejamento deve se dar sob a ótica de uma concepção ética das metas do constitucionalismo e dos direitos fundamentais<sup>769</sup>. Nessa perspectiva, a configuração

<sup>764</sup> CALIENDO, Paulo. A extrafiscalidade como instrumento de implementação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Revista jurídica do CESUCA*, [S.l.]. v. 2, n. 4, p. 61-86, jan. 2015, p. 82.

<sup>765</sup> BECK, Ulrich. *A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder*. Tradução Kristina Michahelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015. E-Book.

<sup>766</sup> FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução Daniela Cademartori e Sergio Cademartori. In: \_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Poa: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>767</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 480 e ss.

<sup>768</sup> Como bem sinaliza Klaus Tipke, os processos legislativos tanto na esfera no direito tributário quanto na esfera dos direitos sociais são frequentemente eivados de vícios morais, apresentando desconhecimento, inconsistências e desvios em relação às questões objetos de decisão; as discussões acerca de ambos os temas têm em comum frases feitas emotivas sobre ‘lacunas da justiça’, ‘quebra na estrutura social do Direito Tributário’, ‘desmonte social completo’, ‘liquidação da economia’. TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Trad. Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Fabris, 2012, p. 72-8.

<sup>769</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

de crise e a necessidade de adoção de medidas para seu controle deveriam constituir oportunidades para a adoção de políticas transformadoras, de realização dos direitos fundamentais, de superação das persistentes desigualdades que corroem a coesão social e causam sentimentos de insegurança e de exclusão.<sup>770</sup>

O futuro do Estado Social passa pela adoção de medidas efetivas que busquem a recuperação das mazelas sociais no interesse das gerações atuais e futuras. As medidas de austeridade não podem ser baseadas apenas em critérios financeiros: além de serem compatibilizadas com a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais,<sup>771</sup> devem ser pensadas em termos de sustentabilidade social.<sup>772</sup> Não obstante as previsões em textos internacionais sobre o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais, muito pouco ou nada está sendo feito para a sua priorização no cenário global<sup>773</sup>.

Nessa linha, festeja-se a agenda de desenvolvimento sustentável firmada no âmbito das Nações Unidas, cujo objetivo é orientar as políticas nacionais e a cooperação internacional. São fixadas dezessete metas - Sustainable Development Goals (SDGs), ou Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para o ano de 2030, assim delineadas:

Goal 1. End poverty in all its forms everywhere; Goal 2. End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture; Goal 3. Ensure healthy lives and promote well-being for all at all ages; Goal 4. Ensure inclusive and equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all; Goal 5. Achieve gender equality and empower all women and girls; Goal 6. Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all;

<sup>770</sup> Conforme Sepúlveda Carmona, que aponta elementos que devem nortear a recuperação da crise orientada aos direitos fundamentais, dentre os quais: a garantia de um piso mínimo de proteção social a todos; a promoção do emprego e o apoio ao trabalho decente; a implementação de base tributária socialmente justa; a regulamentação do poder financeiro; a adoção de estratégias nacionais para a redução da pobreza; a realização de avaliação do impacto das políticas sobre os direitos fundamentais; assegurar a igualdade de gênero e estimular a participação da sociedade e o diálogo em âmbito nacional. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>771</sup> SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>772</sup> DANTAS, Miguel Calmon. Sustentabilidade não é austeridade: constitucionalismo em tempos de crise. In: DANTAS, Miguel Calmon; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro; MODESTO, Paulo; MOTA, Raquel Gonçalves. *Estado social, Constituição e pobreza*. Estudos de Doutorado I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017.

<sup>773</sup> DOWELL-JONES, Mary. The sovereign bond markets and socio-economic rights. In: RIEDEL, Eibe; GIACCA, Gilles; GOLAY, Christophe. (Ed.) *Economic, social and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*. Oxford: Oxford, 2014.

Goal 7 Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all; Goal 8. Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all; Goal 9. Build resilient infrastructure, promote inclusive and sustainable industrialization and foster innovation; Goal 10. Reduce inequality within and among countries; Goal 11. Make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable; Goal 12. Ensure sustainable consumption and production patterns; Goal 13. Take urgent action to combat climate change and its impacts; Goal 14. Conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development; Goal 15. Protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss; Goal 16. Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels; Goal 17. Strengthen the means of implementation and revitalize the Global Partnership for Sustainable Development.<sup>774</sup>

A priorização de temas como pobreza, exclusão, desigualdade na agenda internacional evidencia a centralidade dos direitos sociais como objeto da preocupação da comunidade internacional.

A previsão de agenda de realização progressiva nos desperta para outro questionamento: o fato de que não se tratam de questões de equacionamento imediato – recordemos a mencionada cláusula da realização progressiva dos direitos

774

UNITED NATIONS. Resolution 70/1 General Assembly. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/70/1>. Acesso em 30. Jan. 2018. Versão traduzida disponível em [http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/ODSportugues12fev2016.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/ODSportugues12fev2016.pdf). Acesso em 30. Jan. 2018: “Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar a todos o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e os seus impactos; Objetivo 14. Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.”

sociais, já constante em vários documentos internacionais, desde os já referidos Princípios de Limburgo.

Questões tão relevantes de equacionamento tão complexo demandam uma programação de médio e longo prazo, não sendo hipótese de professar soluções parciais, desinformadas, improvisadas ou inconsequentes. Como salienta Suzana Tavares da Silva, a sustentabilidade em equilíbrio com a solidariedade impõe que no Estado Social sejam adotados programas estruturados, que considerem as dificuldades específicas que se caracterizam nesse campo, dado que as políticas sociais repercutem e se implicam mutuamente<sup>775</sup>.

As medidas de austeridade devem ser bem avaliadas quanto a seus efeitos, especialmente porque tendem a atingir de forma mais severa exatamente os mais desfavorecidos, aqueles que deveriam ser os mais protegidos. Cabe ao Estado zelar pela não ocorrência desses impactos desproporcionais, de modo a assegurar que as medidas de austeridade não agravem a desigualdade e a exclusão social.<sup>776</sup>

Com efeito, uma providência frutífera seria a realização de avaliação dos impactos sociais<sup>777</sup> para orientar a condução das políticas públicas pelo legislativo, pela administração pública e inclusive pelo Poder Judiciário.<sup>778</sup> Nessa linha, Sepúlveda Carmona defende que “antes de implementar um corte orçamentário ou qualquer outra medida política, os Estados devem avaliar de forma abrangente seu impacto social (...) e só devem adotar políticas que sejam compatíveis com as suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos”.<sup>779</sup>

<sup>775</sup> Ilustra a autora essa implicação com a questão do aumento do requisito da idade para a aposentadoria – se, de um lado, tal medida diminui as prestações sociais, em outro passo tende a acarretar maior desemprego para os mais jovens. SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em estado de emergência econômico-financeira. *Colóquios*, n. 5, IPET, Coimbra, Almedina, p. 31-60, 2012, p. 57.

<sup>776</sup> SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>777</sup> A respeito, ver ESTEVES, Ana Maria; FRANKS, Daniel; VANCLAY, Frank Vanclay. Social impact assessment: the state of the art. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 30(1), p. 34-42, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14615517.2012.660356>. Acesso em 21. jan. 2018.

<sup>778</sup> FREITAS, Juarez. Eficácia direta e imediata do princípio constitucional da sustentabilidade. *Revista do Direito da UNISC*. Santa Cruz do Sul, v.1, n. 45, p. 89-103, jan. – abri. 2015.

<sup>779</sup> Em livre tradução. No original: “before implementing a budget cut or any other policy measure, States must comprehensively assess its social impact... and should only adopt policies that are compatible with their international human rights obligations”. SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book. Também advogando a prévia realização de estudos de avaliação de impacto, ainda que relativos aos aspectos econômicos, ver SPADARO, Antonino.

Ressalte-se que a Comissão de Direitos Humanos do Conselho da Europa inclui, dentre suas recomendações, a realização de prévia avaliação - bem como posterior acompanhamento -, dos impactos sociais das políticas econômicas em relação aos direitos humanos, a serem concebidas em contexto de transparência e informação, com a cooperação dos grupos sociais. Os estudos de impacto são considerados no âmbito da Comissão como medidas profiláticas, que possibilitam que os responsáveis pelas tomadas de decisão aprendam com os erros anteriores e mensurem de forma antecipada as consequências das políticas em relação aos direitos humanos<sup>780</sup>.

Feitas essas considerações sobre a crise do Estado social, cabe em prosseguimento traçar algumas considerações sobre as especificidades do caso brasileiro.

### 3.1.3 O Brasil em permanente estado de crise

A problemática da crise do Estado Social repercute efeitos perversos sobre o caso brasileiro, pois o país ainda está longe de alcançar um nível razoável de proteção social. Pode-se dizer que há instabilidade do sistema de proteção social, do qual são evidências as várias reformas já operadas em sede de emendas constitucionais, além das alterações legislativas, bem como os projetos de emenda constitucional em andamento sobre a previdência social brasileira. Há um discurso bastante forte no Brasil sentido de que o país tem um alto “custo social” e que as prestações sociais são insustentáveis e causam instabilidade e ingovernabilidade.

Ora, o tema da crise do Estado Social se torna especialmente preocupante nos países em desenvolvimento, porque nestes países não se conseguiu ainda assegurar um nível razoável de proteção social.

Como se destacou no início deste trabalho, o Estado Social comportou diferentes desenvolvimentos, a partir do seu início na Europa e da sua expansão tardia, incompleta e cheia de rupturas nos países periféricos. Assim, quaisquer

---

I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello social europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile). *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Abr. 2011, p. 21. Disponível em <http://www.rivistaaic.it/>. Acesso em 25. Jan. 2018.

<sup>780</sup> Council of Europe: Commissioner for Human Rights. *Safeguarding human rights in times of economic crisis*. January 2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806daa3f>. Acesso em 12. jan. 2018.

considerações feitas em relação ao tema da crise do Estado Social devem ser perspectivadas, considerando as especificidades da caracterização do Estado social no Brasil.

Em que pesem algumas melhoras, o Brasil ainda tem muito que progredir em termos de cidadania civil, social e política. Os brasileiros não sabem sequer indicar seus direitos civis; o país é deficitário em relação à educação, com altos índices de analfabetismo e analfabetismo funcional e é falho em termos de assistência social<sup>781</sup>.

Contudo, o pior sintoma da persistência do déficit de cidadania é mesmo a pobreza e a desigualdade social que persistem desde o início da história do Brasil. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, e essa desigualdade, essa cidadania de segunda classe, se revela como sendo sobretudo de natureza regional – é muito mais acentuada no nordeste do Brasil - e também se estabelece fortemente em função da raça<sup>782</sup>.

Por isso, há que se concordar com Souza Neto e Sarmiento<sup>783</sup> quando afirmam que na história brasileira sobram textos constitucionais, mas falta constitucionalismo, permanecendo as mesmas patologias crônicas a despeito da retórica constitucional; constata-se um distanciamento crônico entre a proclamação constitucional e a realidade social.<sup>784</sup>

José Loureiro, tratando do caso português, faz questão de destacar que a CRP tem a socialidade como um dos princípios estruturantes, e que tal fato deve ser considerado no quadro de discussão sobre o fim do Estado Social. Saliencia o autor que “o princípio do Estado social ou, se preferirmos, da socialidade, continua a ser um dos princípios estruturantes da CRP, doutrinariamente afirmado e jurisprudencialmente produtivo, aspeto que não podemos considerar autonomamente nesta última dimensão”.<sup>785</sup>

---

<sup>781</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 207 e 211.

<sup>782</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 208.

<sup>783</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 97 e 108.

<sup>784</sup> VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2012. E-Book. Essa dissociação também é referida por BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 9.

<sup>785</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 108.



Aplicando-se essa linha argumentativa ao caso brasileiro, constata-se que a Constituição de 1988 é uma Constituição que adotou um princípio de justiça social, o que constitui um fato muito significativo na nossa história constitucional. O Brasil já contava com oito cartas constitucionais até a Constituição de 1988, muitas delas com algumas previsões sobre direitos sociais. Contudo, a sociedade brasileira não tinha até então alcançado um patamar razoável de proteção social e muito menos de estabilidade democrática: alternaram-se períodos de ditadura civil e militar e poucas experiências de democracia.

A CRFB constituiu um Estado Social, incluindo os direitos sociais no rol de direitos fundamentais, os quais, em nosso sistema jurídico-normativo, detêm papel central e proeminente, sendo dotados de aplicabilidade imediata e de mecanismos especiais de tutela, conforme interpretação doutrinária e jurisprudencial.

A breve retrospectiva feita no início deste trabalho acerca da história brasileiro demonstrou o quão significativo foi o projeto político da Constituição Federal de 1988, com viés compromissório com a abertura democrática e a minoração das desigualdades sociais.<sup>786</sup> Em um país em que a realidade é marcada pela pobreza e baixa instrução e por um dos maiores índices de desigualdade social, é um projeto bastante ambicioso.

Sabe-se ser ingenuidade crer que a proclamação formal dos direitos civis, políticos e sociais – e nesse sentido a Constituição brasileira é pródiga – seja suficiente para garantir a sua efetiva tutela<sup>787</sup>; ao contrário, as vastas previsões da CRFB não impedem que a realidade social ainda esteja bem distante da formação de uma sociedade democrática, bem como de que sejam atingidos os objetivos de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

Entretanto, e talvez exatamente por isso, ainda que pareça paradoxal, em função da realidade brasileira, tudo está a recomendar a observância da normatividade da “socialidade” da Constituição como instrumento de preservação da proteção dos direitos sociais em tempos de crise.

Tendo-se consciência dos limites da normatividade constitucional, cabe aos operadores “realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição”,<sup>788</sup> sem que com

---

<sup>786</sup> BERCOVICI. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n.º 142, p. 35- 51, abr./jun. 1999.

<sup>787</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 5.

<sup>788</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto

isso se esvazie o espaço da sociedade de, no contexto da democracia participativa, determinar a realidade político-social.

Feitas essas considerações sobre a crise do Estado Social, no tópico que segue será examinado o modo como os Tribunais Constitucionais brasileiro e português vêm decidindo acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais nesse contexto de crise.

### 3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE

Tomando-se em conta que em um estudo comparativo a solução não deve ser buscada só nos textos da Constituição ou da lei, mas sim no seu contexto,<sup>789</sup> busca-se neste tópico completar o estudo também com o exame da jurisprudência constitucional no Brasil e em Portugal acerca do tema dos direitos sociais em tempos de crise, buscando a aproximação comparativa em “uma realidade viva”.<sup>790</sup>

Como já se referiu no curso deste trabalho, Portugal e Brasil adotam modelo misto de controle de constitucionalidade, sendo atribuído o controle direito a todos os juízes pela via do controle difuso, além de coexistirem diferentes órgãos com competência para examinar questões individuais e coletivas relativas aos direitos sociais; como bem destaca Juarez Freitas, nesse sistema, todo juiz “é, de certo modo, juiz constitucional”.<sup>791</sup>

Entretanto, dados os limites da pesquisa, fez-se necessário delimitar o objeto de estudo, realizando-se o recorte apenas da jurisprudência das respectivas Cortes Supremas. Adotou-se esta opção em virtude da relevância das decisões dos tribunais constitucionais no campo político-institucional, constituindo-se em espaços prioritários onde se travam os grandes debates constitucionais, com repercussão em todas as instâncias, judiciais e não judiciais.

---

Alegre: Fabris, 1991.

<sup>789</sup> ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980, p. 112.

<sup>790</sup> Empresta-se a expressão usada por Marc Ancel, ainda que pelo autor tenha sido utilizada em um contexto mais amplo, referindo-se ao direito comparado como um todo. ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980, p. 128.

<sup>791</sup> FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 2, n. 8, p. 13-35, Curitiba, 2001, p. 13.

Assim pré-definidos o objeto e o espaço de estudo – direitos sociais na jurisprudência dos tribunais constitucionais brasileiro e português–, delimitaram-se as decisões a serem estudadas em ambas as Cortes Supremas. Por serem mais representativas, optou-se por examinar apenas as decisões de mérito e exaradas em suas composições Plenárias<sup>792</sup>. Em relação ao Tribunal Constitucional - TC português, foram selecionados os julgados compreendidos dentro do período no qual foi produzido o conjunto de decisões<sup>793</sup> que se costuma denominar de “jurisprudência da crise”<sup>794</sup>; quando em uma série de ações de controle abstrato, foi submetido ao TC o controle de constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo governo português em sequencia do memorando de entendimento de maio de 2011. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, de um campo de estudos muito mais vasto e não se podendo delimitar um conjunto de decisões ou período determinado relacionado a medidas de austeridade, em função dos limites da pesquisa optou-se por selecionar julgados mais recentes, nos quais foram adotados parâmetros de decisão semelhantes aos adotados pelo TC, em exame de constitucionalidade de medidas regressivas ou restritivas de direitos sociais.

Nos dois casos, não houve pretensão de completude, de examinar todos os

<sup>792</sup> Ainda que se tenha ciência que no Brasil a jurisprudência do STF, mesmo que bastante extensa sobre o tema, compreende uma multiplicidade de decisões individuais e de turmas, sendo que apenas pequena parcela foi exarada em composição plenária.

<sup>793</sup> O período exato dentro do qual se pode considerar “jurisprudência da crise” admite alguma variação, entendendo alguns autores que compreenderia não só as decisões a respeito do Programa de Assistência Econômica e Financeira - PAEF, ou seja, entre 2011 e maio de 2014, mas também as decisões prolatadas em 2010, a partir do qual o TC passou a considerar o argumento da excepcionalidade da crise financeira, bem como as decisões de julho de 2014, imediatamente posteriores, ainda no curso do quadro de medidas corretivas da crise. Ver a respeito MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 710-712.

<sup>794</sup> Refira-se, a propósito, que não somente em Portugal se formou “jurisprudência da crise”; na mesma época outros países europeus também recorreram a ajuda externa, tendo também editado medidas de austeridade que foram submetidas a controle judicial; além disso, também o Tribunal Europeu de Direitos Humanos examinou ações ajuizadas contra as medidas de austeridade adotadas em Portugal e em outros Estados da União Europeia. Também poder-se ia identificar como jurisprudência da crise as decisões judiciais adotadas no contexto de medidas de austeridade adotadas para responder a crises econômicas ocorridas no início dos anos 2000, dentre outros, na Argentina e na Colômbica. Ver, a respeito: MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and the Supreme Court of Argentine in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book e LANDAU, David. La promesa de una aproximación al mínimo vital: el modelo colombiano de control de constitucionalidad de las medidas de austeridad. In: \_\_\_\_\_. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book. Entretanto, dados os limites desta pesquisa, o exame escapa ao âmbito do presente trabalho, restrito ao caso português e brasileiro.

casos e toda a fundamentação adotada nas decisões, mas sim se buscou traçar uma abordagem panorâmica dos temas mais recentes e relevantes acerca da matéria objeto de estudo; o intuito foi identificar as linhas que orientaram as decisões, os elementos adotados como essenciais nos julgados, que contribuam para uma compreensão dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais em tempos de crise.

Por fim, ainda no que toca ao método de pesquisa, cabe referir que as bases de dados utilizadas foram os registros eletrônicos de que são dotados ambos os Tribunais, disponíveis na rede mundial de computadores, sendo indicado em cada decisão citada, em nota de rodapé, o respectivo endereço eletrônico para acesso direto ao inteiro teor dos julgamentos.<sup>795</sup>

Feitas essas considerações sobre o modo como se procedeu à pesquisa, em prosseguimento passa-se a algumas considerações prévias sobre a jurisprudência constitucional sobre direitos sociais nas Cortes Supremas do Brasil e Portugal.

No Brasil, identifica-se uma jurisprudência constitucional bastante vasta em termos de direitos sociais, sendo considerado um dos judiciários mais ativistas na proteção dos direitos sociais.<sup>796</sup> O texto constitucional brasileiro, como visto, foi muito amplo em previsões materiais a respeito dos direitos sociais, e as fez acompanhar de previsão de aplicabilidade direta e de mecanismos de efetividade, dentre os quais vários *writs* judiciais novos e a adaptação dos instrumentos já existentes para comportar a defesa dos direitos sociais, em sede individual e coletiva.

Tal orientação constitucional foi seguida pela construção de uma interpretação bastante ampla acerca da aplicabilidade imediata dos novos instrumentos (*habeas data*, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo), os quais, mesmo antes das respectivas leis regulamentadoras, foram manejados mediante aplicação do procedimento dos mecanismos já existentes, notadamente o mandado de segurança e o microsistema das ações de tutela coletiva.

---

<sup>795</sup> Foram úteis para tal tarefa, em relação ao Supremo Tribunal Federal, a experiência prática decorrente da atividade laborativa jurisdicional; em relação ao Tribunal Constitucional português, foi muito informativa uma visita oficial realizada em abril de 2014 durante o 2º Seminário Luso-Brasileiro de Direito, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), junto com delegação de juizes brasileiros, organizada pelo Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer, na qual foi apresentado o funcionamento da Corte e do respectivo sistema informatizado de decisões jurisdicionais.

<sup>796</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586, p. 533.

Desde a Constituição, houve uma multiplicação de ações judiciais individuais e coletivas a respeito do tema, as quais, como já referido, envolvem desde o controle das políticas sociais até as plúrimas questões relativas à tutela individual e coletiva dos direitos às prestações em espécie. Pode-se dizer que há uma verdadeira “judicialização dos direitos sociais”. Em consequência, se identifica uma também vasta jurisprudência constitucional em todas as instâncias de jurisdição a respeito do tema em remédios constitucionais individuais e coletivos, em ações ordinárias individuais e coletivas, chegando ao STF em grau de recurso e também em controle abstrato, nas ações diretas em sede de controle de constitucionalidade.

Em Portugal, se observa fenômeno diverso. Como já referido no curso deste trabalho, a Constituição portuguesa é considerada a mais avançada do mundo em termos de previsão objetiva de direitos econômicos, sociais e culturais, caracterizando-se por um amplo e extenso conteúdo a respeito do tema. Contudo, a força jurídica conferida aos direitos sociais é mais débil do que a outorgada aos direitos civis e políticos.

Assim, em que pese às vastas previsões materiais da CRP, paradoxalmente, a jurisprudência do TC português pode ser qualificada como tímida e escassa quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>797</sup> Comentando a evolução da jurisprudência constitucional nessa área, Reis Novais refere que nas duas primeiras décadas da existência da Corte Constitucional, as decisões se inclinavam no sentido de uma “grande autocontenção e até condescendência para com as decisões do legislador”.<sup>798</sup>

Cristina Queiroz entende que há influência da interpretação dogmática prevalente no sentido de aplicação de um regime mais débil de proteção aos direitos sociais, bem como da concepção sobre os limites da atuação judicial; aduz que na base da atuação do TC perpassam não só a questão do exercício do “ativismo” e não ‘ativismo’ (*self-restraint*) judiciais, mas ainda o ‘estado de maturidade’ da doutrina. Esta última mostra-se cautelosa na atribuição aos tribunais e ao poder judicial de uma

---

<sup>797</sup> Especialmente em uma perspectiva comparada com a jurisprudência constitucional alemã, conforme entende QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 196 e ss.

<sup>798</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 206. Também em \_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 389.

tarefa de conformação de natureza social”.<sup>799</sup>

No aspecto substantivo das decisões, Catarina Santos Botelho aponta não existir univocidade nas decisões do TC sobre a categorização dos direitos sociais.<sup>800</sup> Também Reis Novais entende que a jurisprudência constitucional portuguesa carece de uma dogmática própria para os direitos fundamentais aplicada aos direitos sociais, sendo as decisões fundadas na linha dogmática doutrinariamente dominante, “assente nas ideias do *conteúdo essencial*, do *mínimo social*, do poder de autorrevisibilidade do legislador, da distinção direitos originários/*direitos derivados*”<sup>801</sup>. Aponta o autor que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, coexistem decisões nas quais, ainda que seja proclamada a distinção qualitativa dos direitos sociais em relação aos direitos, liberdades e garantias, aplicam-se aos direitos sociais os mesmos limites aos limites dos direitos, liberdades e garantias, quais sejam os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade,<sup>802</sup> da proteção da confiança e da proibição do excesso.<sup>803</sup>

Nos últimos anos houve uma viragem quantitativa nas decisões do tribunal constitucional português, tendo-lhe sido submetidas, em sucessão, várias ações relativas à proteção dos direitos sociais no contexto da crise. Trata-se de causas nas quais o TC foi demandado a efetuar o controle de constitucionalidade de medidas adotadas nas leis orçamentárias como forma de contenção da crise econômica. A conformidade dessas leis à Constituição portuguesa foi colocada sob discussão em relação a vários aspectos.<sup>804</sup>

<sup>799</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 196 e ss. Também em \_\_\_\_\_. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 12-14.

<sup>800</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 284.

<sup>801</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 380, grifos originais.

<sup>802</sup> Cristina Queiroz aponta que, por exceção, no que toca ao princípio da igualdade, a jurisprudência do TC se caracteriza por ser bastante variada e rica, reconhecendo “direitos fundamentais de igualdade”. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 192-198. Ver também, a respeito, NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44-60.

<sup>803</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 389.

<sup>804</sup> Foram abordados nas decisões temas diversos a respeito das medidas de austeridade adotadas, dentro os quais questões procedimentais, os temas da temporalidade, da participação dos sindicatos, e outros, cujo exame não será realizado, dado que se trata de questões que não se compreendem no âmbito deste trabalho.

Contextualizando os fatos que ensejaram essas múltiplas ações, sinal-se que em consequência direta ou indireta da crise mundial nos anos de 2007/2008, em quase todos os Estados europeus foram promovidas reformas constitucionais e legais, no âmbito das relações de trabalho, no âmbito da regulamentação das finanças estatais, nos sistemas de previdência.<sup>805</sup> Algumas das reformas ocorreram em caráter emergencial, temporário, mas muitas delas se deram de forma permanente.

Portugal foi um dos países europeus mais atingidos pela crise. A partir de 2010, o governo português adotou, sucessivamente, programas de estabilidade e crescimento – os chamados PECs. Permanecendo as dificuldades de atender a crescente dívida pública, o governo optou por recorrer à ajuda externa, aderindo, em maio de 2011, ao programa do Plano de assistência econômica e financeira (PAEF), o qual posteriormente foi objeto de um Memorando de Entendimento firmado com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional (Troika). Em contrapartida ao financiamento recebido para equilibrar as finanças, deveria ser adotado um conjunto de medidas concretas de ajustamento econômico.<sup>806</sup>

<sup>805</sup> Refiram-se, apenas a título de ilustração, dentre outros: a reforma na Lei Fundamental Alemã que impôs limites ao endividamento, tanto à Federação quanto aos Landër, sob a supervisão de um Conselho de Estabilidade (art. 109.3; 115). Conforme REIMER, Ekkehart. La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endividamento en la Constitución alemana. Tradução María Ángeles Martín Vida. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 28, p. 93-132, 2011; Também com o mesmo objetivo de equilíbrio do orçamento público foram promovidas medidas semelhantes na Espanha, com emenda à Constituição 27 de setembro de 2011 fixando limites de déficit estrutural e à dívida pública, e na Itália com a Ley 1/2012. Ver, a respeito, FERNÁNDEZ, Albert Noguera. La reforma constitucional española de 2011: el principio de estabilidad presupuestaria y el fin del Estado Social. In: A. Noguera; A. Guamán (Dir.). *Lecciones de Estado social y derechos sociales*. València: Tirant lo Blanch, 2014, p. 217-237. Na mesma linha, as reformas laborais levadas a efeito em vários Estados europeus, dentre os quais a Itália em 2012, a Espanha nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013, a França em 2008, 2012, 2013 e 2014. Ver, a respeito: SCHÖMANN, Isabelle; CLAWAERT, Stefan, RASNACA, Zane. The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise. *ETUI. Working papers*. Disponível em: <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-crisis-and-national-labour-law-reforms-a-mapping-exercise>. Ver também CASANO, Lili et al (Org.). Crisis económica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna. *Adapt Labour Studies*, e-Book series, n. 34, 2014. Disponível em: <http://www.bollettinoadapt.it/crisi-economica-e-riforme-del-lavoro-francia-germania-italia-e-spagna/>. Refira-se, neste contexto, que também tem sido considerado como reflexo da crise o plebiscito levado a efeito na Itália no final do ano de 2016 sobre reforma administrativa, que envolvia limitação da composição do Senado e centralização dos poderes; e também a saída do Reino Unido da União Europeia - Brexit, cujo procedimento formal já foi iniciado, tendo havido a denúncia com base no artigo 50 do Tratado de Lisboa.

<sup>806</sup> Apenas para constar, ainda que não nos aprofundemos no tema, que escapa dos limites desta pesquisa, a própria constitucionalidade da adesão de Portugal a tais instrumentos é tema controverso na doutrina portuguesa. José de Melo Alexandrino manifesta-se pela inconstitucionalidade da vinculação. ALEXANDRINO, José de Melo. Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaio crítico*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 49-68. Paulo Otero parece igualmente posicionar-se no sentido da inconstitucionalidade da

Nesse contexto é que se situa a inclusão, nas sucessivas leis orçamentárias, das chamadas ‘medidas de austeridade’, adotadas com o objetivo de equilibrar as contas públicas e reduzir o déficit orçamentário do estado português, para atender aos acordos firmados no programa.

As iniciativas envolveram uma série de providências de realização gradual, encerrando um conjunto de medidas políticas de contenção de despesas, com abrangência multifacetada, que atingia vários setores do Estado e da sociedade (serviço público, setor financeiro, habitação, justiça, trabalho, educação). Inicialmente, adotaram-se medidas tendentes à redução do orçamento público, e, num segundo momento, também de incremento da arrecadação fiscal pelo aumento de impostos.

Naturalmente, logo a seguir às medidas de suspensão e redução de valores de salário e proventos de reforma, foram submetidas ao Tribunal Constitucional português diversas ações de fiscalização de constitucionalidade, em controle abstrato, relativas a essas leis orçamentárias<sup>807</sup>.

A atuação do TC nesse momento que se pode qualificar como “particularmente delicado”<sup>808</sup> originou o que a doutrina denominou de “jurisprudência da crise”, consistente em um conjunto de decisões nos quais foram examinadas as alterações na legislação levadas a efeito ao fundamento de contenção de despesas. Dada a repercussão das medidas de austeridade, os julgamentos foram objeto de grande interesse da sociedade, com opiniões bastante divergentes.

A doutrina identifica uma linha evolutiva da jurisprudência da crise no TC, seja a partir do teor das decisões e sua repercussão<sup>809</sup>, seja a partir da admissibilidade do

---

adesão, aduzindo que o Memorando da Troika teria convertido o Estado português em um “protetorado internacional”, evidenciando “uma clara falência da força normativa da Constituição”, passando esta a ser um “mito histórico, vivendo num verdadeiro ‘coma jurídico’”. OTERO, Paulo. A Crise: Um novo Direito Administrativo? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 201-213, p. 207.

<sup>807</sup> A afluência de ações judiciais no período foi um fenômeno que não se restringiu ao Poder Judiciário português; na síntese de Ruggeri, a jurisdicinalização dos conflitos políticos e das demandas sociais foi acelerada em função da crise, acarretando um enorme crescimento da demanda crescente, e, mais do que isso, a concentração de expectativas no controle judicial como “último recurso” para a solução dos problemas decorrentes da crise, sem resposta em outras instâncias da sociedade. RUGGERI, Antonio. Crisi economica e crisi della Costituzione. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David. (Org.). *A Constituição à prova da crise financeira internacional: textos das V Jornadas italo-hispano-brasileiras de Direito Constitucional Lecce-Italia*, Universidade de Salento. p. 355-378. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 359.

<sup>808</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

<sup>809</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 711 e ss.



argumento da crise<sup>810</sup>: uma primeira fase, na qual nas decisões foi reconhecida a existência de uma emergência financeira e as decisões foram tendentes a uma maior deferência ao legislador; uma segunda fase, quando a posição inicial veio a ser mitigada com decisões de inconstitucionalidade bem como foi sinalizado que o argumento da crise não seria aceito de forma absoluta; e uma terceira fase, que para Catarina Botelho se teria firmado a partir da formulação do juízo de constitucionalidade segundo uma lógica de normalidade, sendo superado o argumento da conjuntura econômico-financeira excepcional; para Carlos Blanco de Moraes, contudo, o terceiro momento seria quando o TC emitiu julgamentos de inconstitucionalidade e houve alta tensão institucional.<sup>811</sup>

Em maio de 2014 o programa de ajustamento chegou ao fim, contudo, as decisões proferidas no período tenderam a uma maior definição da compreensão do Tribunal Constitucional português em relação aos direitos sociais.

Ainda que no Brasil não se possa referir a existência de uma “jurisprudência da crise” no sentido acima exposto, ou seja, referente a precedentes judiciais relacionados ao controle da constitucionalidade de medidas de austeridade em um período determinado, pode-se dizer que o Brasil apresenta um quadro de permanente crise<sup>812</sup> a respeito dos direitos sociais.<sup>813</sup> Como sublinhado no curso deste trabalho, há um grande déficit de efetividade dos direitos sociais em relação às previsões constitucionais, seja pela falta de implementação das políticas sociais determinadas no texto constitucional, seja pela deficiente concretização no âmbito da administração pública.

<sup>810</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 490; também em BOTELHO, Catarina Santos. Direitos Sociais em contexto de austeridade: Um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? *ROA*, Vol. I/II, p. 259-294, 2015.

<sup>811</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 718 e ss.

<sup>812</sup> Gilberto Bercovici refere que há a configuração de um “estado de exceção econômico permanente” nos países da periferia do capitalismo. BERCOVICI, Gilberto. *O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo*. *Pensar*. v. 1, p. 95-99, Fortaleza, fev. 2006. p. 96-97.

<sup>813</sup> Bem assim, Andrea Magalhães, em interessante obra cujo tema são os limites do *judicial review* em tempos de crise sob a perspectiva do pragmatismo, define jurisprudência da crise como não se restringindo apenas às decisões a respeito das medidas de austeridade nos países da Eurozona, mas abrangendo também “o rearranjo institucional necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica. (...) A jurisprudência da crise abrange assim, o equilíbrio instável entre a proteção da normatividade constitucional e a abertura às exigências das circunstâncias, bem como a distribuição dos custos políticos e econômicos de decisões contestualmente mais difíceis”. MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Acresça-se ainda que depois da promulgação da Constituição identificam-se muitas normas de corte retrocessivo em relação aos direitos sociais, tanto legislativas quanto constitucionais, cuja constitucionalidade vem sendo submetida ao STF. Assim, também no Brasil se pode identificar em relação aos direitos sociais uma “jurisprudência da crise”, relacionada não a medidas de austeridade ou a um período específico, mas num sentido mais amplo, a uma crise do Estado Social brasileiro.

Feitas essas necessárias considerações, no tópico que segue serão examinados julgados do TC e do STF, buscando os elementos essenciais que vêm sendo adotados em ambas as Cortes como fundamento de suas decisões em tema de direitos sociais em tempos de crise.

### **3.2.1 Os direitos sociais e a jurisprudência da crise**

De forma a permitir um estudo comparativo do posicionamento adotado em ambos os tribunais acerca do tema objeto de pesquisa, este capítulo será estruturado não a partir de cada um dos julgamentos individualmente considerados, mas mediante desdobramento a partir das linhas argumentativas adotadas na fundamentação das decisões. Por isso, um mesmo julgado poderá constar em mais de um subtópico, a depender da fundamentação adotada.

#### *a) Reserva do possível*

Os direitos sociais, e especialmente os direitos a prestações, muitas vezes implicam atuação positiva do Estado na disponibilização de bens sociais, assumindo assim uma dimensão economicamente relevante, ficando a concretização na dependência da cultura política, das condições e das disponibilidades de cada Estado. Um claro sinal desse condicionamento é a heterogeneidade dos níveis de prestações tanto nos diferentes Estados quanto no curso da história.

Bem por isso, a concretização dos direitos sociais é normalmente considerada dependente de reserva do possível, a qual pode ser compreendida em dois sentidos, no sentido jurídico ou econômico. O sentido jurídico da reserva do possível se refere à decisão de alocação dos recursos dentre as várias possibilidades disponíveis; essa decisão compete precipuamente ao legislador que a exerce mediante um “juízo de ponderação complexa das normas com a realidade circundante” naquilo que Jorge

Miranda denomina de “dependência da realidade constitucional”<sup>814</sup>. No sentido econômico, a reserva do possível significa que somente se podem exigir as prestações dentro das disponibilidades fáticas dos cofres públicos, tanto quanto possível ao Estado prestar.

A essas duas dimensões, disponibilidade jurídica e disponibilidade fática Ingo Sarlet acrescenta uma terceira, qual seja, a questão da proporcionalidade na perspectiva do eventual titular do direito à prestação social, no que toca à exigibilidade e razoabilidade da prestação,<sup>815</sup> na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão no sentido que em matéria de direitos sociais as pretensões são limitadas ao que o indivíduo possa razoavelmente exigir da sociedade.

Sinalou-se em tópico anterior deste trabalho que todos os direitos fundamentais, não só os direitos sociais, implicam custos. Contudo, como bem salienta Novais, há direitos fundamentais de liberdade que não custam ao Estado e que não podem ser adquiridos no mercado (dentre os quais a liberdade de expressão, de religião, direito de greve), os quais não seriam afetados pela reserva do possível. Outros se realizam mediante bens escassos, custosos (por exemplo, o direito à moradia), para estes o proporcionamento está afetado à reserva do possível.<sup>816</sup>

Em tempos de crise financeira que implique diminuição dos recursos disponíveis ao Estado, o tema da reserva do possível se torna ainda mais sensível, dado que a justificativa para medidas de corte dos direitos sociais geralmente é centrada exatamente na alegação de impossibilidade de prestação ou de continuidade da prestação nos mesmos níveis. Como assevera Catarina Botelho, quando configurado um cenário “de asfixiante crise econômico-financeira”, “a promoção dos direitos sociais sofrerá inevitáveis consequências”.<sup>817</sup>

Vejamos, nos julgados que seguem, como a reserva do possível tem sido adotada na fundamentação das decisões dos dois Tribunais Constitucionais no que toca à jurisdição constitucional dos direitos sociais.

O TC tem importante precedente acerca da reserva do possível, o Acórdão n.

---

<sup>814</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 392.

<sup>815</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 296.

<sup>816</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 102.

<sup>817</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 431.

400/2011<sup>818</sup>, no qual restou assentado que os direitos sociais que se traduzem em pretensões materiais a cargo do Estado, sem suficiente determinabilidade constitucional no seu quantum e modo de realização a depender de configuração legislativa; constituem-se direitos “sob reserva do possível”:

Como típico direito social, na dimensão em que se traduz na pretensão de prestações materiais a cargo do Estado, este direito das crianças é um “direito sob reserva do possível”, não sendo directamente determinável no seu *quantum* e no seu modo de realização a nível da Constituição. O limite de conformação em que o direito de protecção das crianças mediante prestações fácticas ou pecuniárias a cargo do Estado é resistente ao legislador só pode (judicialmente) alcançar-se a partir de outros referentes constitucionais, de natureza principal, em que avulta o princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, salvo quando a solução afecte o núcleo já realizado de concretização legislativa radicado na consciência jurídica geral como núcleo essencial do direito considerado, ao legislador democrático tem de ser preservada uma larga margem na realização ou conformação dos direitos sociais, só acessível à censura por parte da justiça constitucional – na sua dimensão de “direitos positivos”, entenda-se – quando e na medida em que puser em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito. Como diz Vieira de Andrade (in *Justiça Constitucional*, n.º 1, Jan./Mar. 2004, pág. 27) “[a] avaliação do nível de desenvolvimento social do país, as concepções estruturais de organização da sociedade política, em especial do papel reconhecido às famílias, associações e instituições, a articulação entre os diversos modos ou formas de organização da segurança social e da solidariedade, as opções entre instrumentos alternativos – prestações directas, créditos, bonificações, ajuda na busca de emprego, bolsas de formação, etc. –, e, apesar de tudo, em certa medida, as inevitáveis opções orçamentais e de afectação de recursos escassos – todas estas considerações tornam a tarefa do legislador muito mais que uma mera concretização jurídica da Constituição ‘furtada à disponibilidade do poder político’”.

O assunto da reserva do possível, na jurisprudência da crise, veio à discussão no Acórdão n. 862/2013<sup>819</sup>, que examinou a questão do controle preventivo da constitucionalidade das medidas que estabeleciam a convergência dos benefícios da Caixa Geral de Aposentações (CGA) com o regime geral da segurança social (art. 7º,

<sup>818</sup> Assim a conclusão: “Pelo exposto, decide-se não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de Maio, na interpretação de que a obrigação de o Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores assegurar as prestações a menor judicialmente fixadas, em substituição do devedor de alimentos, só se constitui com a decisão do tribunal que determine o montante da prestação a pagar por este Fundo, não sendo exigível o pagamento de prestações respeitantes a períodos anteriores a essa decisão.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 400/2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110400.html>

<sup>819</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 862/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

n. 1, alíneas a, b, c e d do decreto n. 187/XII), o que representava, na prática, em um regime mais desfavorável de prestações aos beneficiários da CGA.<sup>820</sup> Na parte que interessa ao caso, segue o trecho do voto condutor:

Assim, o legislador não está proibido de alterar a forma como materializa o direito à pensão, podendo alterar ou até mesmo reduzir o seu montante, tendo em consideração a evolução das circunstâncias económicas ou sociais, estando embora proibido de eliminar o instituto “pensão de reforma, aposentação, invalidez e sobrevivência” ou, ainda, o seu conteúdo essencial.

*O direito à pensão está, aliás, particularmente dependente das disponibilidades financeiras do Estado, sendo, nesse sentido, mais permeável “à pressão da conjuntura”, sobretudo, nos períodos mais críticos de dificuldades económicas (cfr. Jorge Reis Novais, “O Tribunal Constitucional...”, cit., págs. 3 e ss.). Essa especial vulnerabilidade justifica-se não apenas com o facto de o direito à pensão alocar recursos financeiros imediatos, mas também devido à própria estrutura do direito. O direito à pensão tem na sua formação uma estrutura temporal de média e longa duração, pelo que durante a vida da prestação, os contextos económicos do Estado podem alterar-se radicalmente.*

*Por outro lado, para além da sua duração prolongada, as pensões são ainda particularmente dependentes dessa “reserva do possível”, pelo simples facto da sua inserção no sistema solidário de prestação do contrato geracional. Ora, num sistema previdencial de repartição, os beneficiários não podem ignorar os riscos envolvidos, com a possibilidade de alteração dos direitos em formação(...) (grifei)*

Sinala-se que, conforme a interpretação do TC, não obstante em função dessa relativização o legislador possa alterar as condições e requisitos para gozo das prestações, deve respeitar os limites constitucionais; destacou-se especialmente ser necessária a justificação adequada de acordo com os princípios constitucionais, notadamente a sustentabilidade do sistema, o respeito ao mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade e a proteção da confiança:

No entanto, o legislador, na conformação que faz, em cada momento histórico, do direito à pensão está juridicamente vinculado pelas normas e princípios constitucionais. Assim, apesar de um inequívoco reconhecimento de que o legislador possui liberdade para alterar as condições e requisitos de fruição e cálculo das pensões, mesmo em sentido mais exigente, ele tem de respeitar vários limites

820

Refira-se que no Brasil a questão da disparidade das regras que regem os diferentes regimes de pensões e aposentações também é bastante discutida; em um primeiro ciclo de reformas, houve uma maior equalização entre os sistemas (Emendas Constitucionais 20/98 (Reforma Administrativa) e EC 41/2003 (Reforma Previdenciária), sendo que na proposta de emenda constitucional de Reforma da Previdência (PEC n. 287) em tramitação, há medidas que estabelecem maior uniformização das prestações entre os sistemas de previdência público e privado, bem como preveem a aplicação do mesmo teto de benefícios nos dois sistemas.

constitucionalmente impostos, nomeadamente os que derivam do princípio do Estado de Direito. Deste modo, as alterações que o legislador pretenda levar a cabo têm de se fundar em motivos justificados – designadamente a sustentabilidade financeira do sistema –, não podem afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e da proteção da confiança.

No STF, pode-se identificar certa linha no entendimento sobre o princípio da reserva do possível. O Tribunal tem jurisprudência antiga no sentido de que a cláusula não pode ser invocada como forma “de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”, encontrando “limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”.<sup>821</sup>

Submetida ao STF a questão da possibilidade de determinar à Administração a realização de obras em estabelecimentos prisionais, entendeu que pode o Judiciário determinar à Administração pública que tome providências a respeito. Dentre os fundamentos adotados, referiu-se que os direitos constitucionais dos presos não são “meras normas programáticas”, são “preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata”. A intervenção judicial se justifica em função da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade do postulado da dignidade da pessoa humana e do respeito à integridade física e moral dos detentos, os quais constituem direitos fundamentais; não se poderia opor-lhes nem a reserva do possível nem limitar a proteção judicial em função do princípio da separação dos poderes.<sup>822</sup>

Mais recentemente, foi examinada pelo STF a questão de saber se a nacionalidade brasileira constitui requisito do benefício assistencial de renda mínima, ou se, cumpridos os demais requisitos, também fazem jus ao benefício os estrangeiros com residência fixa no país. A decisão foi no sentido de que a assistência social

<sup>821</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, *DJE* de 15-9-2011.

<sup>822</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592581, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016. Tese fixada: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

prevista na CRFB beneficia também os estrangeiros residentes no País.

Nesse julgado, o Relator, em seu voto, referiu que todos os critérios materiais para a definição da titularidade do benefício constam do texto constitucional, não cabendo ao legislador restringir onde o constituinte não o fez. Mencionando o “espírito inclusivo e fraternal” do constituinte, os princípios da dignidade humana, da solidariedade e da erradicação da pobreza, concluiu ser a assistência social a concretização da assistência aos desamparados prevista no art. 6º, constituindo-se um direito fundamental social. Sobre a alegada ausência de reserva financeira, entendeu que o orçamento não possui valor absoluto, não prevalecendo a menos que fossem juntadas provas técnicas da indisponibilidade financeira e do suposto impacto para os cofres públicos.<sup>823</sup>

Como se verifica, os Tribunais português e brasileiro têm buscado construir parâmetros para interpretação e aplicação da reserva do possível no que toca à jurisdição constitucional dos direitos sociais.

Os dois Tribunais, ao que consta, tendem a valorar nas decisões a questão da reserva do possível, admitindo a possibilidade de alteração das condições de benefícios, com validade para as concessões futuras, desde que sujeita a justificação.

Com relação ao suprimento de omissão, quando alegada a reserva do possível, a postura do TC reflete uma maior autocontenção, em compatibilidade com o regime da CRP. Já o posicionamento do STF para justificar o não acolhimento do princípio da reserva do possível como justificativa para não implementação das políticas públicas se assenta em dois fundamentos principais: (a) de que cabe ao governo, quando em juízo alegar a reserva do possível, demonstrar minudentemente o impacto na despesa pública e a impossibilidade de atendimento; (b) de que a alegação deve ser desconsiderada quando o que está em jogo são temas com conteúdos especiais ligados à dignidade humana.

Nas decisões do STF parece haver um aparente descompasso entre o argumento alegado de natureza fática relativa à disponibilidade de recursos, e a fundamentação apontada, centrada na natureza do direito. Contudo, fato é que nas ações relativas a direitos sociais há tendência por parte da defesa a alegar

---

823

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 587970, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 21-09-2017 PUBLIC 22-09-2017. Tese fixada: “Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”.

indiscriminadamente insuficiência de recursos estatais e reserva do possível. Como salienta Sarlet, muitas vezes, de forma falaciosa, a reserva do possível “tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social”.<sup>824</sup> Diante desse estado de coisas, ainda que a reserva do possível seja tema que deve merecer atenção, não pode constituir um “cheque em branco” ou argumento vazio e incontrastável pelo qual, em virtude de sua mera alegação, possa por si esvaziar de conteúdo um direito social.

Sinale-se que na presença de um descumprimento de uma imposição determinada pela CRFB, cabe à administração a devida justificação dos motivos pelos quais não cumpre a imposição; e o controle desta motivação é, ao menos em certa medida, passível de aferição judicial. Desta forma, afigura-se razoável a compreensão do STF no sentido de que deva ser demonstrada a impossibilidade de realização do direito social. Nesse sentido, concorda-se com Paulo Caliendo quando refere que de acordo com a CRFB a Administração Pública deve explicitar as razões pelas quais há impossibilidade técnica e orçamentária de promoção de um determinado direito social, “bem como a conduta que eventualmente poderá adotar no futuro para conseguir cumprir essa exigência social”.<sup>825</sup>

Refira-se também a posição de Miguel Carbonell, a respeito do quanto estabelecido no artigo 2.1 do PIDESC, no que toca ao compromisso de os Estados adotarem medidas no plano econômico e técnico até o máximo dos recursos que disponham para assegurar o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, considera que a alegação de falta ou insuficiência de recursos não deve ser aceita como verdade indiscutível, cabendo aos Estados o ônus de comprovar e demonstrar que de fato usaram todos os recursos disponíveis para cumprir os objetivos do pacto.<sup>826</sup>

#### *b) Vedação do retrocesso social*

<sup>824</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 372.

<sup>825</sup> CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 195-208, p. 200.

<sup>826</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDÓÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valencia: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231, p. 51.



A questão da possibilidade de regressão de um determinado patamar de proteção alcançado, ou mesmo de uma determinada prestação concedida, conduzindo a um retrocesso do nível de proteção, pode-se caracterizar em relação a todos os direitos fundamentais.<sup>827</sup> Contudo, interessa aqui examinar como os Tribunais constitucionais brasileiro e português tratam do chamado “retrocesso social”, ocorrente, no sentido estrito, quando há “regressividade normativa”, ou seja, são reduzidos direitos implementados por uma determinada normatização legal, já tendo atingido um determinado grau de realização.

Consiste o princípio da proibição do retrocesso social, ou “contraevolução social”, ou “evolução reacionária”, em apertada síntese, em considerar que uma vez tendo sido editada normatização de um determinado direito social, a liberdade de conformação do legislador acerca do tema estaria limitada pelo núcleo essencial do direito já efetivado por lei. Haveria, assim, inconstitucionalidade de medidas que sem substituição por outros esquemas protetivos, atingissem o núcleo essencial dos direitos já reconhecidos, dado que os direitos sociais uma vez tendo sido objeto de regulamentação legal passariam a constituir ao mesmo tempo uma garantia institucional e um direito subjetivo.<sup>828</sup> Vieira de Andrade, por seu turno, identifica o princípio de vedação de retrocesso com a impossibilidade de retrocessão de medida legislativa concretizada e já sedimentada e que se tenha refletido na consciência jurídica comunitária.<sup>829</sup>

Alguma doutrina centra nas disposições de Direito Internacional, dentre as

<sup>827</sup> Ver, a respeito, dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 469; MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; KRELL, Andreas. A falta de sustentabilidade jurídico-ambiental da ocupação do litoral brasileiro pela construção civil. In: DAIBERT, Arlindo. *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 271-307.

<sup>828</sup> Conforme a antiga lição de Canotilho, que se sabe já atualmente relativizada pelo autor, mas que se adota como base para efeito meramente expositivo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 320/321. Em texto mais recente, assevera o autor que a irreversibilidade de direitos sociais adquiridos deve ser compreendida “com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Bypass social e o núcleo essencial das prestações sociais. in \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 256-268, p. 265.

<sup>829</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 140. Também em NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 18.

quais o PIDESC, que desenvolvem a noção de realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais. Considera-se que de tais disposições, em corolário, poderia ser deduzida a base para o reconhecimento do princípio de vedação de retrocesso.

Vejamos como se desenvolve a jurisprudência do TC e do STF acerca da vedação de retrocesso.

Cabe mencionar inicialmente, apenas para situar o tema, que a jurisprudência do TC sobre o princípio da proibição do retrocesso social, teve importante evolução no curso do tempo. Dentre os casos mais referidos na doutrina destacam-se o Acórdão 39/84<sup>830</sup>, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de disposição de decreto-lei que revogou a normatização sobre a organização e funcionamento do Serviço Nacional de Saúde. Nos fundamentos da decisão, constou o reconhecimento de que as normas constitucionais que veiculam direitos sociais constituem verdadeiras “imposições constitucionais”<sup>831</sup> que prescrevem tarefas concretas e definidas ao Estado, e não simples “normas programáticas”, vagas e abstratas linhas de ação. Assim, considerou-se que a organização dos serviços constituía ‘uma tarefa estadual’ e que, uma vez tendo sido alcançado um determinado nível de prestação social, não poderia ser extinto com o retorno à anterior situação de inexecução da norma constitucional, conforme se verifica do seguinte trecho do voto:

Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar (ou passar também a ser uma obrigação negativa). O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a

<sup>830</sup> Na conclusão da decisão, assim constou: “Em contrapartida, deve entender-se que a revogação da maior parte da Lei n.º 56/79, traduzindo-se na extinção do Serviço Nacional de Saúde, contende com a garantia do direito à saúde consignado no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa. Assim, acordam no Tribunal Constitucional em declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos termos e para os efeitos dos artigos 281.º e 282.º da Constituição, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, na parte em que revogou os artigos 18.º a 61.º e 64.º e 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 39/84. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized>

<sup>831</sup> Sobre a evolução no julgamento do TC acerca da superação da concepção dos direitos sociais como meras normas programáticas e não meras declarações de direitos, Catarina Botelho refere julgados nos quais houve a referência às normas constitucionais sobre direitos sociais como “imposições legiferantes”, (Acórdãos n.º 92/85 e n.º 46/86); como “normas impositivas de legislação” (Acórdão 330/89); ou “imposições constitucionais” (Acórdãos n.º 39/84 e n.º 76/85). BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, notas das p. 152-153.

realização dada ao direito social.

No acórdão 509/2002<sup>832</sup> se constata uma reorientação do entendimento do TC acerca da proibição de retrocesso social, tendo sido considerada inconstitucional, ao fundamento de ofensa à dignidade humana, disposição que estabeleceria requisitos mais severos para gozo do benefício social de inserção, ampliando a idade mínima.<sup>833</sup> Nesse acórdão, verifica-se que houve uma tendência a admitir a revisibilidade das opções legislativas, cujo limite estaria na proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, bem como na necessidade de conciliação entre os direitos fundamentais, reconhecendo-se alguns dentre eles como mais importantes e como instrumento de efetivação dos outros direitos fundamentais.<sup>834</sup>

Já no período da jurisprudência da crise, no julgamento do Acórdão n.º 396/2011<sup>835</sup>, foi admitida a redução do montante da remuneração, reconhecendo-se

<sup>832</sup> O TC decidiu pela inconstitucionalidade de normatização que aumentava de 18 para 25 anos a idade a partir da qual seria devido um benefício social (rendimento social de inserção, em substituição ao rendimento mínimo garantido previsto na normatização anterior). A conclusão da decisão está assim redigida: “Nestes termos, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do *Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX*, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 2.º e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 509/2012. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>

<sup>833</sup> Da decisão destaca-se o seguinte trecho, que explicita a argumentação da decisão na base constitucional do princípio da dignidade humana: “Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda aflorado no artigo 63.º, n.os 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna”. Conforme Novais, o TC a fundamentação na violação direta do princípio da dignidade da pessoa humana significa “que o Tribunal deduziu deste princípio, independentemente das debilidades notórias do nosso Estado social, uma obrigação, juridicamente exigível, de manutenção objectiva das prestações materiais destinadas a assegurar a existência condigna; essa passa, então, a constituir uma exigência mínima de garantia positiva da dignidade da pessoa humana por parte do Estado e que este fica vinculado a observar independentemente de dificuldades financeiras circunstanciais ou de particulares orientações políticas”. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 67-68. Também em MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 141-148.

<sup>834</sup> MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo. Grandes decisões do Tribunal Constitucional português. *Jurisprudencia Constitucional*. Coimbra, Coimbra, n. 14, abr./jun. 2007. p. 3-37.

<sup>835</sup> Trata-se da já referida discussão acerca das remunerações e pensões dos funcionários públicos que recebessem remuneração mensais superiores a 1.500 euros, em percentuais estipulados conforme o montante auferido, variando entre 3,5% e 10% da remuneração anual. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 396/2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3036937/details/maximized>.

que o direito a um regime remuneratório não impõe a manutenção de um determinado valor salarial concreto, não havendo um direito fundamental à irredutibilidade das prestações, nem como direito autónomo nem por incidência do direito constitucional à justa remuneração; assim, a redução do montante foi considerada como cabível, num contexto de combate a uma situação de emergência, como um sacrifício necessário para o reequilíbrio orçamentário do Estado.

No acórdão 251/2011<sup>836</sup>, o TC julgou constitucionais as disposições das alíneas 'g' e 'h' do n. 2 do artigo 11 da Lei n. 12-A/2010, que previa reduções remuneratórias aos deputados das Assembleias Legislativas das regiões autónomas e aos membros dos conselhos regionais, no percentual de 5% da renda anual. Nesse julgado, também foi sinalada a distinção entre regime remuneratório e montante da remuneração.

No Acórdão 187/2013<sup>837</sup> foram discutidas as disposições da Lei de Orçamento de 2013 (Lei n. 66-B/2012), em diversos de seus aspectos, dentre os quais a manutenção da redução remuneratória e a suspensão parcial ou total do subsídio de férias, a suspensão do pagamento de férias ou equivalente de aposentados e reformados (art. 77); bem como a instituição de uma contribuição extraordinária de solidariedade estipulada entre 3,5% e 10% dos rendimentos, para as pensões com valores entre 1.350 e 3.750 euros.

Por ocasião do julgamento, entendeu o TC que ainda que reconhecida a configuração de um direito à pensão, bem como de uma tutela específica de tal direito, não restaria afastada, “[...] à partida, a possibilidade de redução do montante concreto da pensão. O que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o direito a um certo montante, a título de pensão”.

Contudo, ainda que o direito à remuneração previsto no artigo 59, 1, da CRP não seja expresso em relação à proteção do direito a um determinado *quantum* de remuneração, daí não decorria a constitucionalidade da redução. Tendo havido a disciplina legislativa do conteúdo do direito ao salário, a redução da proteção já alcançada só é admissível se devidamente justificada:

---

<sup>836</sup> Na decisão constou o seguinte: “Assim, pelos fundamentos expostos, o Tribunal decide não declarar a inconstitucionalidade das normas constantes das alíneas *g*) e *h*) do n.º 2, e do n.º 3 do artigo 11.º, bem como do n.º 4 do artigo 20.º da Lei n.º 12 - A/2010, de 30 de Junho.” PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 251/2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110251.html>

<sup>837</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 187/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>

Uma vez fixado, por critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário (sem precisa determinação constitucional), uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade.

No já referido Acórdão 862/2013<sup>838</sup>, tratou-se também da questão da possibilidade de reversão do nível de prestação social concretizada legislativamente, consignando-se no voto condutor que algumas normas sobre direitos sociais são de natureza programática e de realização diferida, sendo dotadas de vinculatividade jurídica mais atenuada, enquanto outras impõem ao Estado a realização de tarefas concretas e definidas; a diferente natureza também se reflete “na liberdade de que o legislador dispõe, para, após ter dado concretização aos direitos sociais, poder alterar a sua configuração infraconstitucional”. Ao final, com fundamento em entendimento de Gomes Canotilho, conclui que “Nesta perspetiva, a própria garantia da manutenção do conteúdo mínimo do direito à pensão pode exigir a diminuição do seu montante, de forma a preservar recursos para a manutenção desse núcleo essencial”. Em outro ponto da fundamentação, também se reforça essa argumentação no sentido da não cristalização do valor das prestações:

Ora, num sistema previdencial de repartição, os beneficiários não podem ignorar os riscos envolvidos, com a possibilidade de alteração dos direitos em formação, não se podendo defender que se reconhece, sem exceções, um “princípio da intangibilidade no que toca ao quantum das pensões” (cfr. João Carlos Loureiro, “Adeus ao Estado Social?...”, cit., págs. 166, 170 e 379). E quanto aos direitos já consolidados, no Acórdão n.º 187/2013 sentenciou-se o seguinte: «o reconhecimento do direito à pensão e a tutela específica de que ele goza não afastam, à partida, a possibilidade de redução do montante concreto da pensão. O que está constitucionalmente garantido é o direito à pensão, não o direito a um certo montante, a título de pensão».

No STF, por ocasião do julgamento da ADIN 3.104-DF, considerou-se que não representava retrocesso indevido a norma que endurecia as regras para gozo de benefícios de previdência social levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 41/2003, dado que não tinha aplicação aos benefícios já concedidos, somente atingindo expectativas de direito:

(...) A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se

<sup>838</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 862/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.<sup>839</sup>

Mais recentemente, o STF decidiu em medida cautelar<sup>840</sup> pela suspensão de lei que autorizava a comercialização de medicamento sem o registro no órgão competente, apontando a existência de vedação de retrocesso na proteção do direito à saúde. Em face de não terem sido realizados suficientes estudos no caso acerca da comprovação dos riscos, segurança e eficácia da medicação, a sua liberação somente seria admissível em casos de encontrar-se o paciente em estágio terminal, quando não houvesse outras opções comprovadamente eficazes e seguras de tratamento:

Por essa razão, a concretude estabelecida pelos ditames da Lei 6.360/76 assim como as Resoluções aprovadas pela agência reguladora consubstanciam verdadeiras conquistas relativamente à proteção à saúde, razão pela qual não podem ser suplantadas sem que norma que lhe venha a derogar não garanta igual proteção. Incide, neste ponto, o chamado princípio da proibição do retrocesso (...)

Assim, embora não seja, em tese, obstado ao Poder Legislativo regulamentar a comercialização de determinada substância destinada à saúde humana, é preciso que, sob pena de ofensa à proibição de retrocesso, haja minudente regulamentação, indicando, por exemplo, formas de apresentação do produto, disposições relativas à sua validade e condições de armazenamento, dosagem máxima a ser administrada, entre outras. Ao deixar de atribuir a essa substância as mesmas garantias de segurança porque passam os demais produtos destinados à saúde humana, haveria, aqui, em tese, inconstitucionalidade material, ante a proteção insuficiente do direito à

<sup>839</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3104, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139 RTJ VOL-00203-03 PP-00952.

<sup>840</sup> “SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO. Surge relevante pedido no sentido de suspender a eficácia de lei que autoriza o fornecimento de certa substância sem o registro no órgão competente, correndo o risco, ante a preservação da saúde, os cidadãos em geral.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5501 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>.

saúde.

Como se verificou dos julgados referidos, no período da jurisprudência da crise o Tribunal Constitucional admitiu a redução progressiva de vencimentos e de proventos, assim como a suspensão do pagamento de adicional de férias e de décimo terceiro. Foram consolidados novos parâmetros acerca da vedação do retrocesso, que não foi considerada como princípio absoluto, sendo admissíveis as restrições de prestações sociais, desde que (a) estejam colocadas em um contexto determinado, em que esteja configurada uma crise econômico-financeira; (b) estejam submetidas a critérios de justificação.

No STF não foi considerado como retrocesso indevido a alteração e endurecimento do regime de prestações, valendo para futuros benefícios. E, em contexto diverso, relativo ao retrocesso não em tema de prestações mas no nível de proteção social, considerou-se que o retrocesso somente seria admissível se devidamente justificado pelo legislador, e seria vedado especialmente se em função do retrocesso decorresse a proteção insuficiente dos direitos sociais.

Constata-se que em tempos de crise o tema do retrocesso social é frequentemente trazido à baila. Nessa linha Catarina Botelho aduz que a dificuldade causada para a manutenção das garantias sociais em face do cenário atual de crise econômica e financeira “reacendeu a discussão em torno da admissibilidade ou da negação de uma ‘proibição do retrocesso social’”.<sup>841</sup>

Ressalta a autora que a proibição do retrocesso nunca teve em Portugal uma construção dogmática suficientemente precisa; teria relação com vários princípios do Estado de Direito, quais sejam a proteção da confiança (artigo 2º CRP), a igualdade, especialmente a proibição da discriminação (artigo 13º da CRP) e o princípio da proporcionalidade (nº 2 do artigo 18º da CRP).<sup>842</sup>

No que toca ao retrocesso social na presença de crise financeira, vale sinalar que Canotilho, na sua original concepção de vedação de retrocesso social, excepcionava expressamente as situações de crise e recessão econômica, nos seguintes termos: “A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise

<sup>841</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 435.

<sup>842</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 435.

limita a reversibilidade dos direitos adquiridos”.<sup>843</sup>

Entretanto, essa tese, levada as últimas consequências, implica deixar ao desamparo aqueles que mais necessitam de proteção. É necessária a garantia dos conteúdos mínimos ligados à dignidade humana, sob pena de subverter a coesão social e negar a própria finalidade do Estado

De outro lado, a garantia da proteção de um determinado nível de proteção social não impede que sejam procedidas revisões e correções de rumo. No particular, concorda-se com Ingo Sarlet, para quem na eventual reversibilidade de prestações sociais em benefício da coletividade deve ser traçada uma linha distintiva “entre as prestações sociais alimentares básicas – imperativos de dignidade e cidadania – e as vantagens ilegítimas”; seriam exemplo destas últimas situações ilegítimas as prestações concedidas indevidamente, ou os benefícios desproporcionais de valor excessivo.<sup>844</sup>

### c) *Proteção da confiança*

O princípio da proteção da confiança, originado no direito alemão, constitui o corolário da segurança jurídica, no respeitante à dimensão subjetiva, implicados ambos no princípio mais abrangente do Estado de Direito, como “concretização dos objetivos últimos do sistema jurídico, que opera entre a justiça e a segurança”<sup>845</sup>; constituem-se “elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações no direito positivo ou na conduta do Estado”.<sup>846</sup>

Na jurisprudência da crise, o princípio da proteção da confiança foi examinado

<sup>843</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 320/321, grifos no original.

<sup>844</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Rev. TST*, Brasília, vol. 75, n. 3, jul-set 2009. Contra a proibição absoluta do retrocesso social, como um princípio jurídico autônomo, elencando uma série de razões para tanto, dentre os quais a liberdade constitutiva e a impossibilidade de uma *quasi*-constitucionalização da lei ordinária, ver BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social. *ROA*, a. 75, n. 1 e 2, 2015. p. 259-293.

<sup>845</sup> NETO, Luiza. O princípio da proteção da confiança em tempo de crise. In: CARVALHO, Ana Celeste (Org.). *Direito administrativo*. [S.l.]: Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 72-105, p. 77.

<sup>846</sup> SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004, p. 275-276.



em várias decisões, sendo que em alguns casos não se considerou ter ocorrido violação de molde a ensejar a inconstitucionalidade. Trata-se dos acórdãos 396/2011, 187/2013, 602/2013 e 794/2013.

No Acórdão nº 396/2011<sup>847</sup>, no que toca à proteção da confiança, o posicionamento do TC foi expresso no sentido de que as medidas de corte de valor de remunerações e pensões de fato implicavam na frustração das expectativas legítimas dos cidadãos atingidos. Salientou-se que, em princípio, “uma redução remuneratória abrangend o universalmente o conjunto de pessoas pagas por dinheiros públicos não cai na zona de previsibilidade de comportamento dos detentores do poder decisório”. Por outro lado, no passado ocorriam aumentos anuais dos vencimentos na função pública, fato que “legitima uma expectativa consistente na manutenção, pelo menos, das remunerações percebidas e a tomada de opções e a formação de planos de vida assentes na continuidade dessa situação”.

Contudo, em que pese tenha sido reconhecido que houve frustração de expectativas legítimas, as reduções seriam justificáveis em razão do interesse público na solução da grave crise financeira com repercussões para toda a sociedade: “Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevacente”, o que foi considerado razão decisiva “para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desproteção da confiança constitucionalmente desconforme”. É feita menção à liberdade de conformação do legislador democrático, a quem é atribuída a legitimidade (dever) de adequar as soluções jurídicas à realidade, fazendo as escolhas mais acertadas e razoáveis; foi, contudo, considerada inconstitucional por outro motivo, qual seja a violação do princípio da igualdade proporcional.

Também nos acórdãos 187/2013, 602/2013 e 794/2013 foram examinadas alegações de violação ao princípio, sendo em todos os casos rejeitadas. No Acórdão nº 187/2013, consignou-se que devido à temporariedade da restrição e ao excepcional interesse público, não se configuraria a violação do princípio da proteção da confiança:

[...] tudo ponderado, face à excepcionalidade do interesse público em causa e o caráter transitório da medida, pode ainda entender-se, no

---

<sup>847</sup> Trata-se de discussão acerca das remunerações e pensões dos funcionários públicos que recebessem remuneração mensais superiores a 1.500 euros, em percentuais estipulados conforme o montante auferido, variando entre 3,5% e 10% da remuneração anual. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 396/2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3036937/details/maximized>.

limite, que a supressão de 90% do subsídio de férias aos pensionistas não constitui uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança, justificando-se uma pronúncia no sentido de não desconformidade constitucional por referência a esse parâmetro de aferição.

Por seu turno, no Acórdão 602/2013, aduziu-se que “não há qualquer expectativa juridicamente tutelável – e muito menos um direito – à imutabilidade do elenco legal dos feriados obrigatórios”; no Acórdão 794/2013, restou assentado que a tutela constitucional da confiança não impede qualquer alteração legislativa passível de frustrar expectativas legítimas e fundamentadas dos cidadãos; somente poderia ser utilizada “como parâmetro constitucional nas situações em que a violação contraria a própria ideia de Estado de direito, de que aquela constitui um corolário”, devendo ceder “pela salvaguarda de um interesse público que deva considerar-se prevacente”.

Por outro lado, com base no princípio da proteção da confiança, foi declarada a inconstitucionalidade de disposições normativas, isso nos Acórdãos 474/2013 e 862/2013.

No Acórdão 474/2013<sup>848</sup> que alterava a previsão legislativa acerca dos motivos de cessação do vínculo laboral dos trabalhadores em funções públicas entendeu o TC que se configuravam no caso tanto uma situação de confiança imputável ao Estado, quanto à legitimidade da confiança e o investimento pessoal dos empregados públicos na confiança sobre a preservação do trabalho. Assim estariam, “com particular intensidade”, configurados “os três primeiros requisitos ou *testes*” do princípio da proteção da confiança. Em prosseguimento, considerou-se que o legislador não havia se desincumbido do ônus de demonstrar razões de interesse público de peso prevacente que justificassem uma intervenção tão gravosa:

Importa dizer que o oferecimento das razões de interesse público que justificam a medida constitui ônus do legislador. Impõe-se aqui de forma acrescida, pela força das expectativas que contraria e sobretudo pela intensidade do grau de afetação que opera para todo um grupo de trabalhadores, muitos deles com dezenas de anos de serviço na Administração Pública. O legislador carece de demonstrar, nos planos da *adequação, necessidade e justa medida*, que a intervenção *funda e não transitória* que opera responde a exigências da Administração Pública, em especial perante a adstrição decorrente do artigo 266.º da Constituição.

---

<sup>848</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 474/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html>

No já referido acórdão 862/2013<sup>849</sup> no qual foram afastados os critérios de ofensa ao princípio da vedação do retrocesso e se discutiu o tema da reserva do possível, ao final, a pronúncia de inconstitucionalidade de disposições impugnadas deu-se “com base na violação do princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da CRP”.

Considerou-se ser razoável entender-se que se formou uma situação de confiança legítima, imputável ao Estado, dado que “a confiança na manutenção de um determinado regime legal pode ter sido determinante na opção irreversível que fizeram pela aposentação numa determinada data”. E, examinada a questão sob o âmbito da adequação ao interesse público, entendeu-se que somente seria justificável a frustração das expectativas se inserida em uma reforma estrutural, não em uma medida pontual com vistas à redução imediata de despesas:

Por tudo o exposto, é de concluir que a violação das expectativas em causa – especialmente relevantes, atento o facto de assentarem em pensões já em pagamento, e atento ainda o universo de pessoas abrangidas –, só se justificaria eventualmente no contexto de uma reforma estrutural que integrasse de forma abrangente a ponderação de vários fatores. Só semelhante reforma poderia, eventualmente, justificar uma alteração nos montantes das pensões a pagamento, por ser acompanhada por outras medidas que procedessem a reequilíbrios noutros domínios. Uma medida que pudesse intervir de forma a reduzir o montante de pensões a pagamento teria de ser uma medida tal que encontrasse um forte apoio numa solução sistémica, estrutural, destinada efetivamente a atingir os três desideratos acima explanados: sustentabilidade do sistema público de pensões, igualdade proporcional, e solidariedade entre gerações.

No STF, por seu Plenário, identifica-se a aplicação do princípio da proteção da confiança tanto em questões de direito administrativo quanto em direito tributário, tendo sido ainda adotado também como critério para modulação temporal de efeitos de decisão de inconstitucionalidade acerca de alteração de regimes próprios de previdência<sup>850</sup>. Contudo, como critério de decisão em matéria de direitos sociais ainda não se identifica uma construção sólida a respeito<sup>851</sup>.

<sup>849</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 862/2013 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

<sup>850</sup> Por exemplo na ADI 3106 ED, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015 e na ADI 4425 QO, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/2015.

<sup>851</sup> Em composições de Turmas, há decisões fundadas na proteção da confiança, por exemplo, em recente julgado quando foi considerada como critério para não determinar devolução de valores recebidos a título de diferença de proventos de aposentadoria em função de medida liminar posteriormente revogada. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 34350 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017, PROCESSO

Destaca Paulo Mota Pinto que a tutela das expectativas das pessoas é um elemento essencial da configuração da ordem constitucional, “possibilitando a elaboração de planos de vida e tendo uma função de desoneração da formação e expectativas em cada caso e a partir do nada”.<sup>852</sup> Aduz que o TC em construção jurisprudencial sistematizou os requisitos para proteção da confiança – comportamento do Estado que criem legítimas expectativas de continuidade, investimento na confiança pelos privados e não prevalência de razões de interesse público que justifiquem mudança de comportamento.<sup>853</sup>

Acresça-se que os direitos sociais, especialmente os relativos a seguro social que constitui um dos pilares do Estado social, muitas vezes envolvem situações de longo prazo e nos quais são realizados planos de vida, sendo necessário configurar-se certo grau de previsibilidade e estabilidade de situações jurídicas. A propósito, entende Piketty que a criação de um sistema único de aposentadorias permitindo a cada um conhecer com antecipação os seus direitos e programar-se de acordo constitui um dos grandes desafios para o futuro da seguridade social pública.<sup>854</sup>

Conclui-se que, especialmente em tempos de crise, a proteção da confiança constitui um importante elemento a ser resguardado em tema de direitos sociais, tratando-se de questão que deve merecer melhor desenvolvimento na jurisprudência constitucional.

#### d) *Proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade tem origem no direito alemão, onde ora é relacionado ao princípio do Estado de Direito, ora aos direitos fundamentais<sup>855</sup>. Fato é

---

ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017; em outro julgado recente, foi invocada a proteção da confiança para obstar a aplicação retroativa de entendimento mais rígido acerca de requisitos de aposentadoria. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 28223 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017.

<sup>852</sup> PINTO, Paulo Mota. A proteção da confiança na “Jurisprudência da Crise”. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 135-181, p. 136-137.

<sup>853</sup> PINTO, Paulo Mota. A proteção da confiança na “Jurisprudência da Crise”. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 135-181, p. 141.

<sup>854</sup> PIKETTY, Thomas. Op. cit., pp. 475-479.

<sup>855</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259-260.

que, como bem ressalta Catarina Botelho, o princípio da proporcionalidade tem uma relevância extrema em tema de direitos fundamentais. Não se concebendo direitos absolutos, cabe ao princípio da proporcionalidade estabelecer uma conciliação entre direitos e bens constitucionais “evitando a proteção integral de um direito em detrimento de outro” e funcionando “como uma baliza à possibilidade de o legislador limitar indiscriminadamente os direitos fundamentais”.<sup>856</sup>

O princípio da proporcionalidade pode ser deduzido do artigo 29 da DUDH. Na CRP o princípio da proporcionalidade é extraído do artigo 2º e de várias manifestações dispersas no texto constitucional. No Brasil, não há previsão expressa, sendo considerado princípio implícito.

Aplica-se, como sinala Catarina Botelho, a todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, que também devem ser interpretados “de acordo com a máxima da proporcionalidade, com as devidas adaptações e, desde logo, em paralelo com outros princípios, tal como a reserva do possível e a necessária ponderação da realidade constitucional”.<sup>857</sup>

A proporcionalidade se subdivide em três subprincípios. O primeiro relaciona-se à racionalidade ou adequação das medidas adotadas para alcançar o propósito para o qual foram concebidas. O segundo subprincípio diz com a necessidade da medida, se poderia ser adotado outro meio menos gravoso. O terceiro subprincípio relaciona-se à proporcionalidade em sentido estrito, justa medida, proporcionalidade dos meios em relação aos fins.<sup>858</sup>

O princípio da proporcionalidade apresenta conexão com a igualdade<sup>859</sup>, e também pode ser considerado relacionado à questão do mínimo social<sup>860</sup>. Para os efeitos deste trabalho, referiremos neste subtópico um dos julgados da jurisprudência da crise no qual se tratou de proporcionalidade em um sentido mais amplo, reservando para o tema da igualdade os casos em que as decisões se basearam no critério da igualdade proporcional, e assim também a questão do mínimo social, ou existencial.

<sup>856</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 462.

<sup>857</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 463.

<sup>858</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 262-263.

<sup>859</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 463.

<sup>860</sup> BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine. *I\*COM*, vol. 12, n. 3, p. 710-739, 2014.

O TC tinha jurisprudência antiga sobre proporcionalidade, especialmente nos Acórdãos 187/2001 e 200/2001, no sentido de ser necessário um crédito de confiança ao legislador, cuja liberdade de conformação acarreta que não se pode considerar existente apenas uma única solução certa; assim, “a própria averiguação jurisdicional da existência de uma inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade por uma determinada norma, depende justamente de se poder detetar um erro manifesto de apreciação da relação entre a medida e seus efeitos”, de tal modo que “aquém desse erro deve deixar-se na competência do legislador a avaliação de tal relação, social e economicamente complexa”.<sup>861</sup>

No período da jurisprudência da crise, destaca-se sobre o tema da proporcionalidade o Acórdão 396/2011<sup>862</sup>, no qual foi examinada a constitucionalidade das disposições da Lei 55-A/2010 (Lei do Orçamento do Estado para 2011). Este diploma legal, nos artigos 19, 20 e 21, estabeleceu reduções remuneratórias em salários e pensões dos funcionários públicos que recebessem valores mensais superiores a 1.500 euros, em percentuais estipulados conforme o montante auferido, variando entre 3,5% e 10% da remuneração anual.

Nesse julgado, o TC concluiu por não declarar a inconstitucionalidade das normas da Lei do Orçamento. Foi admitida a possibilidade de redução do montante da remuneração, reconhecendo que o direito a um regime remuneratório não impõe a manutenção de um determinado valor salarial concreto; seria cabível a redução do valor nominal, num contexto de combate a uma situação de emergência, como um sacrifício necessário para o reequilíbrio orçamentário do Estado.

Sob o aspecto da proporcionalidade, considerou o TC que as reduções do rendimento anual eram adequadas, necessárias e indispensáveis para alcançar o fim pretendido, sendo a avaliação dos subprincípios da proporcionalidade sintetizada no seguinte trecho de voto:

Que se trata de uma medida *idónea* para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira é algo que resulta evidente e se pode dar por adquirido. Quanto à *necessidade*, um juízo definitivo terá que ser remetido para a análise subsequente, à luz do princípio da igualdade, a que o princípio da proporcionalidade também está associado. Implicando a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziram efeitos de

<sup>861</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 187/2001, Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/763650/details/maximized>.

<sup>862</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 396/2011. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/3036937/details/maximized>.

abrangência pessoal mais alargada, é nessa sede que a questão poderá ser mais cabalmente tratada e decidida. Por último, a serem indispensáveis, as reduções remuneratórias *não se podem considerar excessivas*, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos afectados. Assim é que, para além da isenção de que gozam as remunerações inferiores a 1500 euros, as taxas aplicáveis são progressivas, nunca ultrapassando, em todo o caso, o limite de 10% – inferior ao aplicado em países da União Europeia com problemas financeiros idênticos aos nossos.

Para Catarina Botelho, seria importante que, em vez de referir percentuais ou valores monetários os quais podem eventualmente vincular, de forma inconveniente, decisões posteriores, a avaliação da proporcionalidade fosse “especialmente exigente na demonstração da inexistência de medidas alternativas menos lesivas para os cidadãos”, bem como “na garantia de que as medidas cessarão quando os indicadores económicos apontarem para uma saída da situação de grave crise económico-financeira”.<sup>863</sup>

#### d) Igualdade

O princípio da igualdade, que constitui base dos direitos sociais, é princípio inserido tanto na CRP (artigo 13) quanto na CRFB (artigo 5). O TC tem tradicional e alentada jurisprudência na qual a igualdade é considerada como princípio estruturante da CRP<sup>864</sup>, sendo reconhecidos “direitos fundamentais de igualdade”;<sup>865</sup> o princípio é desdobrado em várias dimensões: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação.<sup>866</sup>

No já referido Acórdão nº 396/2011 (reduções remuneratórias dos trabalhadores do setor público), não se reconheceu ofensa ao princípio da igualdade,

<sup>863</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 465. Entendimento diverso tem

<sup>864</sup> Dentre outros, nos Acórdãos 403/2004 e 528/2006.

<sup>865</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 192-198. Ver também, a respeito, NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44-60; BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 471.

<sup>866</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise* - ou visitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 469.

considerando que quem recebe verbas públicas não está em posição de igualdade com os demais cidadãos:

Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público - não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.

Considerou-se não haver violação do princípio da proporcionalidade, sendo as reduções do rendimento anual adequadas, necessárias e indispensáveis para alcançar o fim pretendido. Contudo, no ano seguinte no Acórdão 353/2012<sup>867</sup> e especialmente no Acórdão 187/2013, adotou-se a “igualdade proporcional” como critério de decisão em favor da inconstitucionalidade das medidas de austeridade.

No Acórdão nº 353/2012 discutiu-se a constitucionalidade das medidas que se somavam às medidas restritivas adotada na lei orçamentária de 2011, suspendendo o pagamento de subsídios de férias e de Natal e quaisquer prestações correspondentes a 13º e 14º meses, extensivamente aos aposentados e reformados tanto do setor público quanto do sistema público de seguridade social.

Entendeu o TC que a nova previsão excedia o limite que anteriormente havia sido considerado razoável, impondo um ônus demasiado oneroso ao grupo de pessoas atingido em face dos demais cidadãos, gerando uma diferença de tratamento inaceitável. Fazendo referência à decisão anterior que considerara a limitação entre 3,5% e 10% dos rendimentos anuais como admissível dentro do contexto dos limites de um sacrifício adicional exigível, concluiu que o acréscimo de nova redução que poderia alcançar 14,3% do rendimento anual seria excessivo e incompatível com o texto constitucional.

Admitiu-se não estar a Constituição infensa à realidade econômica e às graves dificuldades financeiras; contudo, foi reconhecida a existência de uma

---

<sup>867</sup> Declara-se a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento do Estado para 2012). PORTUGAL. Tribunal Constitucional. AC n. 353/2012. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.



autonomia normativa específica no texto constitucional, a qual impede que preponderem outros objetivos, sem quaisquer limites:

A referida situação e as necessidades de eficácia das medidas adotadas para lhe fazer face, não podem servir de fundamento para dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito, nomeadamente a parâmetros como o princípio da igualdade proporcional. A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.

Sinalou o TC que a liberdade de conformação do legislador encontra limites, devendo sujeitar-se aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito. Dentre os parâmetros a serem observados pelo legislador se inclui o princípio da igualdade proporcional, sendo vedado o excesso:

Mas, obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites.

Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva.

Por fim, concluiu-se pela inconstitucionalidade das normas da lei orçamentária, na parte em que previam a suspensão do pagamento durante os anos de 2012 a 2014, dos subsídios de férias e de Natal para as pessoas que auferiam remunerações salariais de entidades públicas ou pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, por violação “do princípio da igualdade, na dimensão da igualdade na repartição dos encargos públicos, consagrado no artigo 13.º da Constituição”.

Por seu turno, no Acórdão nº 187/2013,<sup>868</sup> o TC foi questionado sobre a

<sup>868</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 187/2013, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>

constitucionalidade das medidas, que mantendo a redução da remuneração mensal base, acresciam a suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente. Referindo ao julgado no Acórdão nº 353/2012, decidiu-se que:

(...) o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará “imune a um juízo de proporcionalidade” (acórdão n.º 353/2012).

Concluiu-se pela inconstitucionalidade da legislação impugnada, uma vez que, ainda que tenha sido “acompanhada de um conjunto mais abrangente de medidas de carácter fiscal que afetam a generalidade dos contribuintes”, quando combinada à redução salarial também estabelecida, incorre em desrespeito ao princípio da igualdade proporcional e da justa repartição dos encargos públicos.

No Acórdão nº 413/2014<sup>869</sup> tratava-se de discussão sobre a constitucionalidade de quatro disposições (quais sejam os artigos 33.º, 75.º, 115.º e 117.º) da Lei n.º 83-C/2013, referente ao orçamento de 2014. Na conclusão do julgado, foi reconhecida a ofensa ao princípio da igualdade como fundamento para reconhecer a inconstitucionalidade das normas do artigo 33º e 117º, n.ºs 1 a 7, 10 e 15, da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, que tratavam da redução, em taxa progressiva, durante o ano de 2014, das remunerações superiores a 675 euros e do corte nas pensões de sobrevivência.

Nesse julgado, começou-se por reafirmar o entendimento de que

“(...) só podem ser censuradas, com fundamento em lesão do princípio da igualdade, as escolhas de regime feitas pelo legislador ordinário naqueles casos em que se prove que delas resultam diferenças de tratamento entre as pessoas que não encontrem justificação em fundamentos razoáveis, perceptíveis ou inteligíveis, tendo em conta os fins constitucionais que, com a medida da diferença, se prosseguem (acórdão n.º 47/2010)”.

A seguir, traçou-se a linha dos entendimentos adotados nos julgados

<sup>869</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 413/2014 <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>

anteriores do TC no período da jurisprudência da crise, sinalando que no caso também se fazia necessário o “duplo escrutínio”, consistente na prévia averiguação em relação à “racionalidade do fundamento subjacente à diferenciação” estabelecida nas leis impugnadas e também quanto à “razoabilidade da medida” da diferenciação estabelecida. O entendimento, ao final, foi no mesmo sentido dos julgados anteriormente referidos, pela inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da igualdade proporcional e da justa repartição dos encargos públicos.

No Acórdão nº 574/2014<sup>870</sup>, examinado o tema da inconstitucionalidade do Decreto n.º 264/XII da Assembleia da República, que manteve a norma que estabeleceu a redução em 20% da remuneração, considerando inconstitucionais, entretanto, por violação do princípio da igualdade, normas que estabeleciam o prazo de quatro anos para a reversão total da redução remuneratória, bem como a gradação percentual da redução em função da disponibilidade orçamental.

No STF com fundamentação no princípio da igualdade de oportunidades, já se reconheceu a constitucionalidade de lei que estipulava passe livre no transporte público às pessoas portadoras de deficiência, o STF considerou a lei válida em face da CF, sendo a lei “parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados”<sup>871</sup>.

Como salienta Catarina Botelho, em função do reconhecimento e incorporação dos direitos sociais, “o legislador do Estado social, empenhado em diversificar a panóplia de respostas à exigência da justiça material, procura atender às diferenças reais, concretas entre as pessoas, tratando de forma igual aquilo que é igual e desigual aquilo que é desigual”.<sup>872</sup>

Para Miguel Brito as decisões do TC sobre a questão, no período da jurisprudência da crise, “representaram um inequívoco aprofundamento do controle de constitucionalidade de leis com base no princípio da igualdade”; o autor opõe

---

<sup>870</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n. 574/2014. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>

<sup>871</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, DJE de 17-10-2008.

<sup>872</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 470.

reservas a esse proceder, que entende representar invasão do espaço do legislador<sup>873</sup> - com o que não se concorda, dado que, como já referido, se trata de um controle possível de ser feito pelo Judiciário.

Entretanto o que cabe salientar a respeito é que a igualdade, em tema de direitos sociais em tempos de crise, pode não fornecer, por si só, soluções adequadas. Como bem salienta Bilchitz, a invocação da igualdade sobre direitos sociais em tempos de escassez de recursos poderia levar à consideração de que pode ocorrer a redução radical de todos os benefícios, sem que se rompa a dimensão da igualdade – dado que há igualdade tanto quanto se fornece muito pouco, ou mesmo nada, desde que para todos; e, por outro lado, em tempos de crise, dada a escassez de recursos, pode ser necessário priorizar determinados programas, em função de necessidades mais urgentes, para o que o princípio da igualdade pode não constituir justificativa insuficiente.<sup>874</sup>

#### *d) Mínimo existencial*

O mínimo existencial constitui, em certo sentido, a projeção do princípio da dignidade humana ao campo econômico, apreciando a partir da cláusula do Estado Social.

Para Habermas, a dignidade humana é a fonte moral da qual os direitos humanos extraem seu conteúdo; salienta que o discurso dos direitos humanos precedeu o discurso da dignidade humana, até que depois da 2ª Guerra, frente aos terríveis eventos que traumatizaram a humanidade, a dignidade passou a constar nos textos constitucionais, a começar pela Alemanha, Itália e o Japão; na mesma época, também passou a desempenhar papel importante na jurisprudência internacional, sendo inserida no preâmbulo da DUDH, que consignou a “fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”; Sinala Habermas que a “dignidade humana, que é uma e a mesma em todo lugar e para cada um, fundamenta

<sup>873</sup> BRITO, Miguel Nogueira de. Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional. *In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos.* Coimbra: Almedina, 2014, p. 107-131. Também Paulo Mota Pinto tece crítica a essa decisão. PINTO, Paulo Mota. A proteção da confiança na “Jurisprudência da Crise”. *In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos.* Coimbra: Almedina, 2014, p. 143-144, p. 109.

<sup>874</sup> BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine. *I•COM*, vol. 12, n. 3, p. 710–739, 2014, p. 728.

a indivisibilidade dos direitos humanos”.<sup>875</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é acolhido nos dois textos constitucionais como fundamento da República, tanto na CRP (art. 1) quanto na CRFB (art. 1, III).

Pontua Catarina Botelho que “no ordenamento jurídico-constitucional português, é fácil apreender que o artigo 1º é a norma com maior densidade axiológica da Constituição”.<sup>876</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, com a CRFB a dignidade passou a receber a atenção devida na nossa ordem jurídica positiva, constando como fundamento do Estado democrático de Direito e também em outros capítulos do texto constitucional,<sup>877</sup> destacando-se a inserção da asseguuração de uma vida digna como finalidade da ordem econômica (art. 170 CRFB).

Entende o TC que a dignidade humana decorre do Estado de Direito Democrático<sup>878</sup>, identificando-se ao longo do tempo uma linha evolutiva na jurisprudência acerca da dignidade humana e o mínimo existencial.<sup>879</sup>

No âmbito do STF, o mínimo existencial é mencionado em vários julgados e decisões monocráticas, entretanto ainda não se identifica uma construção sólida acerca da sua aplicação e extensão, especialmente na composição plenária da Corte.

Em julgado no qual vítima de assalto pleiteava indenização do Estado, reconheceu o STF que se justifica o controle judicial das políticas públicas pela necessidade de observância pelo legislador dos parâmetros constitucionais, dentre os quais o “mínimo social”.<sup>880</sup> Em outro julgado, entendeu-se que há conexão com os

<sup>875</sup> HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. *Sobre a Constituição da Europa*. Um ensaio. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012, p. 7-38, p. 15-16.

<sup>876</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 329.

<sup>877</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

<sup>878</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 509/2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>

<sup>879</sup> A respeito das diversas fases pelas quais se desenvolveu o entendimento do TC sobre a dignidade humana e o direito ao mínimo de existência condigna, passando de garantia do mínimo como fundamento de restrição legislativa a outros direitos ao reconhecimento da existência de um direito subjetivo ao mínimo de sobrevivência condigna como limite negativo do poder de execução patrimonial, até ser reconhecido como um direito a prestações positivas do Estado, ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotações ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. *Jurisprudência Constitucional*, n. 1, jan./mar. 2004. Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/JJA\\_MA\\_4503.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JJA_MA_4503.pdf) Acesso em: 22 ago. 2016

<sup>880</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 223 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie (Presidente), Relator p/ Acórdão Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-070

direitos fundamentais, constituindo-se o mínimo existencial como condição de possibilidade destes: “O mínimo existencial, como conjunto de condições primárias, sociopolíticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos direitos fundamentais individuais e sociais”.<sup>881</sup>

Examinando a questão dos requisitos para o gozo do benefício assistencial de um salário mínimo, em regime de repercussão geral, considerou-se haver um dever de o Estado promover assistência aos desamparados, destacando especialmente a fundamentação do voto do Ministro Marco Aurélio, referindo-se à necessidade de prover o mínimo existencial: “conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial”.<sup>882</sup> Destacou ainda que a eliminação da pobreza em sua forma aguda constitui “pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país” e que sem as necessárias condições materiais “não pode haver um cidadão pleno, apto a participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas”.

Bilchitz destaca que, em tempos de crise dos direitos sociais, a dimensão mais apta a fornecer respostas diz com a questão do mínimo existencial. Para o autor, na escassez de recursos, a última dimensão da razoabilidade, qual seja, a eleição de prioridades, oferece uma resposta mais consistente para solucionar o problema, na medida em que, havendo limitação dos recursos, justifica-se que o Estado atenda com prioridade as necessidades daqueles que estão em situação mais urgente ou grave.<sup>883</sup>

---

PUBLIC 09-04-2014.

<sup>881</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 PUBLIC 25/10/2007.

<sup>882</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013. Neste julgado, discutiu-se tema que já havia sido submetido ao STF anteriormente, com resultado pela constitucionalidade do mesmo dispositivo legal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Nelson Jobim, julgada em 27/08/1998, DJ 01/06/2001). Em que pese a questão do mínimo não tenha chegado a ser debatida no julgamento, destaque-se que não residuiu nesta questão a causa da divergência entre as teses do Min. Marco Aurélio e Gilmar Mendes, e sim nos efeitos da decisão, quanto a se considerar constitucional o dispositivo permitindo o afastamento nos casos concretos ou se reconhecer a inconstitucionalidade parcial.

<sup>883</sup> BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine. *I•COM*, vol. 12 ,

### 3.2.2 A jurisprudência da crise no TEDH

Por fim, encerrando essa avaliação da jurisprudência da crise, tem-se como necessário referir que as medidas de austeridade adotadas no período de crise fiscal nos Estados do bloco europeu, foram submetidas, além das jurisdições nacionais, também ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>884</sup> Igualmente foram submetidos casos ao Comitê Europeu de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,<sup>885</sup> tendo-se formado, também no âmbito da União Europeia, uma “jurisprudência da crise”.<sup>886</sup>

Ainda que a “jurisprudência da crise” no âmbito da União Europeia tenha se formado do exame de ações ajuizadas contra as medidas adotadas em vários países<sup>887</sup>, dados os limites deste trabalho interessa mencionar os casos referentes a Portugal.

Em 8 de outubro de 2013 houve o julgamento pela ECHR (European Court of Human Rights) de duas queixas conjuntas, Application nº 62235/12 e n. 57725/12, 2ª seção, Lino Jesus Santos Januário e outro,<sup>888</sup> a respeito dos cortes nos subsídios de férias e de Natal do ano de 2012. Alegavam os queixosos, ambos vinculados ao regime público, que os cortes de seus proventos violavam o direito à propriedade.

Em sua decisão, o Tribunal entendeu por unanimidade que a medida não se afigurava desproporcional, uma vez que era transitória e procurava dar resposta a uma emergência financeira excepcional. Restou consignado que não cabia ao tribunal examinar se o governo português poderia ter adotado outras medidas mais adequadas para alcançar a finalidade pretendida (redução do déficit orçamentário estatal). A imposição foi considerada compreendida dentro da margem de manobra (*'margin of appreciation'*) do legislador nacional do Estado membro, desde que

---

n. 3, p. 710–739, 2014.

<sup>884</sup> Ver, a respeito: BUFFA, Francesco. *I diritti sociali in Europa*. Vicalvi: Key, 2016. E-Book.

<sup>885</sup> Ver, a respeito: HACHEZ, Isabelle. Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque: des décisions osées mais inégalement motivées. *Revue de Droit Social*, v. 2014, p. 249 a 279, n. 3.

<sup>886</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre. The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe. (2016) 2 *European Human Rights Law Review*, p. 121-135, p. 122-124.

<sup>887</sup> Muito especialmente da România, Grécia, Hungria e Lituânia. BUFFA, Francesco. *I diritti sociali in Europa*. Vicalvi: Key, 2016. E-Book.

<sup>888</sup> Para um estudo minudente do conteúdo da decisão desse caso, ver BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 465-469. Também em LEAL, Gabriel Prado. Direitos humanos sociais e jurisprudência de crise: um estudo a partir do caso: 'Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal'. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n.2, p. 93-126, abr/jun 2016.

atendida a proporcionalidade.

Entendeu-se que, no caso, em face do interesse público geral da comunidade na regularização do déficit das finanças do Estado e superação da crise, justificava-se alguma constrição na proteção dos direitos fundamentais da autora. A privação da renda pela retirada total dos proventos, em tese, acarretaria vulneração do direito de propriedade; contudo, entendeu-se ser admissível a imposição de uma redução, desde que razoável e adequada. Na hipótese, considerando que a medida não representava uma privação substancial e era limitada no tempo a um período determinado (dois anos), não se afigurava desproporcional ou excessiva.

Outro aspecto dessa decisão também deve ser mencionado, qual seja a inclusão como fundamento da decisão do julgador do Tribunal Constitucional português, o que Catarina Botelho aponta como denotativo de um começo de diálogo entre as jurisdições nacional e regional<sup>889</sup>.

Em 24.09.2015 a ECHR examinou o caso submetido pela cidadã portuguesa residente no Porto, Maria Alfredina da Silva Carvalho Rico<sup>890</sup>, que impugnava a redução do montante de seus proventos de aposentadoria levada a efeito em razão da instituição da Contribuição Especial de Solidariedade – CES. Considerou a Corte que a imposição havia sido adotada em uma situação de crise, reconhecendo *“the fact that the CES, and other austerity measures, were adopted against the background of an actual and unexpected budgetary crisis in Portugal”*.

A Corte Europeia assumiu, como se constata, uma posição mais conservadora, entendendo que as limitações dos direitos sociais e econômicos se compreenderiam na margem nacional de apreciação, ademais de serem justificadas quando a estabilidade financeira do Estado estivesse em jogo.<sup>891</sup> Por seu turno, o Comitê Europeu de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vem adotando uma posição mais atuante na defesa dos direitos sociais em tempos de crise.<sup>892</sup>

<sup>889</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 469. Sobre o tema, ver também BOTELHO, Catarina Santos. *Lost in Translations – A crescente importância do Direito Constitucional Comparado*. In: DUARTE, Rui Pinto et al. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. vol. I, pp. 49-101.

<sup>890</sup> ECHR (European Court of Human Rights). Application no. 13341/14, Maria Alfredina Da SILVA CARVALHO RICO against Portugal. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':\['001-157567'\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':['001-157567']})

<sup>891</sup> BUFFA, Francesco. *I diritti sociali in Europa*. Vicalvi: Key, 2016. E-Book.

<sup>892</sup> Ver, a respeito, HACHEZ, Isabelle. Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque: des décisions osées mas inégalement motivées. *Revue de Droit Social*, v. 2014, p. 249 a 279, n. 3.



### 3.3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE

No curso desta pesquisa, demonstrou-se que tanto a previsão quanto a concretização dos direitos sociais e a sua reivindicação, em sentido amplo, estão estritamente ligadas ao desenvolvimento dos processos econômicos, sociais, jurídicos e políticos que ensejem condições favoráveis a sua concretização.

Constatou-se também que a questão da justiciabilidade, no sentido estrito, referindo-se a reivindicação dos direitos sociais perante o Poder Judiciário, não é, em muitos casos, bem aceita. Em muitos sistemas, a tendência é admitir de forma restrita a possibilidade de concessão judicial de direitos sociais, especialmente no que se refere aos direitos a prestações.

Destacou-se que essas concepções estão, de certo modo, relacionadas a uma realidade determinada, na qual há uma cultura de proteção dos direitos sociais, havendo complexas, sólidas e bem estruturadas redes de proteção, tornando secundária e quase dispensável a 'juridicização' do bem-estar.

Tanto é assim que em alguns países europeus nem sequer há previsão constitucional de direitos sociais, ou quando existe ela é restrita a indicar a adoção do princípio social, ou da finalidade social do Estado, ou mesmo, se dá apenas de forma proclamatória, sem ser acompanhada de mecanismos de garantia do mesmo tipo de que são dotados os direitos civis e políticos. E, ainda assim, é concepção corrente que é melhor ser pobre na Europa que nos Estados Unidos, e que os direitos sociais parecem estar mais bem protegidos na Europa do que em qualquer outro lugar do mundo.<sup>893</sup>

Entretanto, a recente crise econômica e financeira mundial veio demonstrar certa fragilidade dos sistemas de proteção dos direitos econômicos sociais e culturais, e, mesmo, de todos os direitos fundamentais, inclusive no continente europeu<sup>894</sup>.

Conforme salienta Pisarello, a partir de então se evidenciou que a garantia dos direitos em geral, e dos direitos sociais em especial, não é um processo evolutivo

---

<sup>893</sup> O'CONNOR, Colm. Austerity and the faded dream of a 'social Europe'. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

<sup>894</sup> SICILIANOS, Linos-Alexandre. The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe. (2016) 2 *European Human Rights Law Review*, p. 121-135, p. 122-124.

ou linear, estando sujeito a avanços e retrocessos e não se podendo presumir que um determinado direito possa ser considerado como garantido, em virtude da sua proclamação formal.<sup>895</sup>

Como visto, em consequência da crise de 2008 e da crise fiscal, vários Estados europeus adotaram, de forma espontânea ou em virtude de compromissos assumidos em processo de ajuda externa, medidas de austeridade que acarretaram uma retração nos esquemas de proteção social. Nessa situação pontual, foram dirigidas demandas perante o Poder Judiciário de vários Estados e também dos tribunais internacionais, nas quais se buscava a garantia e a preservação de direitos sociais; a própria denominação atribuída ao conjunto de decisões produzidas nesse período – “jurisprudência da crise” – demonstra de certo modo a excepcionalidade dessa espécie de demanda no continente europeu.

Bem outra é a situação no Brasil, em que se vive, de certo modo, uma realidade de permanente crise de concretização dos direitos sociais. O Estado Social no Brasil, assim como em outros países periféricos, se implantou tardiamente, décadas depois da Europa, e de forma incompleta. Frequentemente os direitos sociais não se concretizam, havendo falta de proteção ou proteção deficiente, tanto por falha no âmbito da legislação quanto da administração. Em que pese à vasta proteção constitucional, há no Brasil uma realidade de pobreza e exclusão social.

Assim, não admira que o Poder Judiciário brasileiro receba essas demandas dos direitos sociais de forma habitual e generalizada, nas suas diversas instâncias de atuação e sobre as mais variadas políticas sociais e prestações, em controle tanto das ações quanto das omissões legislativas e administrativas.

Se em tempos de prosperidade econômico-financeira a proteção judicial dos direitos fundamentais sociais tende a se resolver de forma mais consensual, na presença de crise há propensão de que ocorra o direcionamento ao Judiciário do controle das ações legislativas e administrativas.

De um lado, esse incremento do *judicial review* destaca o papel do juiz constitucional como garante dos direitos sociais e ator do Estado Social<sup>896</sup>; de outro

---

<sup>895</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales em tiempos de crisis: Resistencia y reconstrucción*. Observatori DESC, p. 1-16. mai. 2011. Disponível em: <http://observatoridesc.org/>, p. 2.

<sup>896</sup> ROMAN, Diane. La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe: vers une jurisprudence de crise? *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 45, p. 63-75, 2014/4. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel-2014-4-page-63.htm>.

lado implica uma superexposição e eventualmente também uma supervalorização do papel do Poder Judiciário, no qual em certos momentos parecem se concentrar as expectativas de todos os setores da sociedade<sup>897</sup>.

A repercussão das decisões do TC português no período da crise, pela sua excepcionalidade e temporalidade, muito bem caracterizou essa exponenciação da expectativa social depositada sobre a atividade judicial. Refere Maria Benedita Urbano que, no período em que houve a judicialização das medidas de austeridade, estiveram sob pressão não apenas o TC, mas também a população, os governantes e o Presidente da República.<sup>898</sup> Contudo as maiores pressões atingiram o TC, advindas de todos os lados, tanto do governo, quanto dos partidos de oposição, dos sindicatos e dos representantes dos trabalhadores. Ocorreu uma acentuada polarização e radicalização das posições durante aquele período. Não faltaram críticas e censuras reputando ser ilegítima a atuação do TC, por falta de investidura democrática - atente-se para o teor da manifestação do Primeiro Ministro Passos Coelho, transcrita na abertura deste capítulo.

Embora a atuação do TC no controle da constitucionalidade das medidas de austeridade tenha sido avaliada favoravelmente no âmbito da Comissão de Direitos Humanos do Conselho da Europa, como elogiável na proteção dos direitos humanos em face de medidas injustificadas,<sup>899</sup> foi produzida em condições de grandes pressões políticas e sociais. No Brasil também não raramente se verificam manifestações abertamente hostis ao desempenho do Poder Judiciário, especialmente em relação aos temas mais polêmicos. Nessas matérias, os juízes constitucionais são muitas vezes colocados sob fogo cruzado, entre a “missão de Guardiões da Constituição e o perigo de se tornarem os coveiros do país”.<sup>900</sup>

Outra situação que restou bem evidente no período da jurisprudência da crise

---

<sup>897</sup> A respeito do tema, ver Garapon, para quem, na falência das instituições tradicionais e no esgotamento do Executivo, o Judiciário remanesce como instância simbólica central e última instância moral. Conforme GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio: Revan, 2001, p. 140 e 173 e ss.

<sup>898</sup> URBANO, Maria Benedita. A jurisprudência da crise no divã. Diagnóstico: bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11-48, p. 11-12.

<sup>899</sup> Council of Europe: Commissioner for Human Rights. *Safeguarding human rights in times of economic crisis*. January 2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806daa3f>. Acesso em 12. jan. 2018. p. 28.

<sup>900</sup> URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11-48, p. 46.

– aqui novamente recorre-se a título de ilustração ao destaque dos fatos ocorridos nesse período em virtude da sua circunstancialidade excepcional e claramente delimitada, inclusive temporalmente – foi a dificuldade que caracteriza a atuação judicial na área dos direitos sociais, especialmente em tempos de comoção social.

Em contraposição a um histórico de relativamente poucas decisões acerca da matéria, desde então houve um grande incremento da jurisprudência do tribunal português acerca dos direitos sociais. Se a jurisprudência anterior era considerada parca e tímida, e a matéria pouco discutida, desde então a situação se alterou.

Também em virtude da crise, a doutrina, não só em Portugal, passou a se dedicar, em grau bastante acentuado, ao tema da proteção judicial dos direitos sociais em tempos de crise.

Por outro lado, a alteração, no período da jurisprudência da crise, de entendimentos de certa forma consolidados na jurisprudência constitucional do TC evidencia a potencialmente acentuada influência, nas decisões judiciais, do contexto político e econômico.

A variedade de parâmetros de interpretação adotados pela jurisprudência, e aqui se refira tanto o TC quanto o STF, ao tratar da constitucionalidade de leis que não realizaram a proteção adequada dos direitos sociais, ou que reduziram o nível de proteção social, bem demonstra as dificuldades de equacionamento dos direitos sociais em tempos de crise.

As decisões tomam por fundamentos temas como a igualdade, a proporcionalidade, a dignidade, o mínimo social, a proteção da confiança; discutem-se questões que se projetam extra juridicamente em nível geral e para o futuro, como a sustentabilidade atual e futura dos sistemas e a solidariedade intergeracional; são abordados temas complexos como a modulação de efeitos das decisões judiciais e especialmente a questão dos limites do Poder Judiciário em face da democracia e da separação de poderes.

No âmbito doutrinário a atuação do TC foi escrutinada pela doutrina constitucional e deu origem a vários estudos, identificando-se também nesse campo acentuada polarização das posições.<sup>901</sup> Vale referir algumas das manifestações, para

---

<sup>901</sup> Inclusive uma obra conjunta com ensaios críticos, da qual se extraíram alguns dos posicionamentos que são referidas este tópico: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; e uma obra individual, na qual são examinadas e rebatidas as críticas: NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014,

ilustrar a exposição e bem demonstrar a multiplicidade de acesas polêmicas que foram levantadas a respeito do tema.

A doutrina se dividiu acerca da questão da configuração de um estado excepcional em função da existência de uma grave crise econômico-financeira, bem como se haverá excepcionalidade a determinar que no controle de constitucionalidade das medidas legislativas editadas fosse adotada abordagem interpretativa diferenciada.

Admitindo que se configurava uma situação de excepcionalidade a autorizar uma abordagem diferenciada, o entendimento de Maria Benedita Urbano, para quem se justificaria “uma actuação diferente dos juízes constitucionais, quando confrontados com a obrigação de controlar medidas de combate à crise, no contexto de uma situação anormal e extrema, gravemente perturbadora da estabilidade do Estado, provocada por factores económicos e financeiros”<sup>902</sup>; sinteticamente, haveria um “direito de crise que clama por uma jurisprudência de crise”.<sup>903</sup>

Em contraponto, Suzana Tavares da Silva alertava para a existência de padrões de atuação do direito específicos para as situações de necessidade, advertindo da inaceitabilidade de admitir a existência de uma situação que justifique medidas excepcionais sem que haja o reconhecimento formal da configuração de um estado de emergência econômico-financeiro.<sup>904</sup> Cristina Queiroz, igualmente, entende que o quadro era de normalidade constitucional, não se configurando situação de “necessidade” a justificar a aplicação de medidas excepcionais próprias de um direito de emergência.<sup>905</sup>

Também a questão da legitimidade da atuação judicial em face da separação de poderes foi abordada por vários autores. Refira-se por todos a crítica de Gonçalo de Almeida Ribeiro, para quem, em certos temas, na jurisprudência da crise o TC

---

p. 62; Ver também: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

<sup>902</sup> URBANO, Maria Benedita. Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e CALVÃO, Filipa (org.). *A crise e o Direito Público*. Lisboa: ICJP, 2013, pp. 7-31. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf). Acesso em 12. set. 2016.

<sup>903</sup> URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11-48, p. 46.

<sup>904</sup> SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em estado de emergência econômico-financeira. *Colóquios*, n.º 5, IPET, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 31-60.

<sup>905</sup> Nessa linha, QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

revelou tendência em se imiscuir “no domínio dos juízos de prognose que, nos termos de uma concepção funcionalmente adequada da separação de poderes, deveriam ser reservados ao legislador”.<sup>906</sup>

Maria Benedita Urbano na mesma linha, aduziu que no seu entender a jurisdição constitucional não é só dos direitos fundamentais mas de toda a Constituição; para a autora, em matéria de direitos fundamentais deveriam ser respeitadas as opções legislativas, somente cabendo a intervenção judicial quando houvesse uma interpretação inaceitável da Constituição; entende que a opção pelos direitos fundamentais sociais pode significar uma intolerável opção ideológica a serviço de certos valores e grupos.<sup>907</sup>

Em relação aos fundamentos adotados nas decisões, um ponto que é acentuado em várias manifestações doutrinárias sobre a jurisprudência da crise do TC é a questão de ter sido adotada fundamentação baseada em princípios.<sup>908</sup> Na aceção de Canotilho, Violante e Lanceiro, apesar de na jurisprudência da crise o TC ter evidenciado uma postura mais tendente a uma forma forte de controle jurisdicional das medidas de austeridade, o fez levando em consideração os mesmos princípios aplicáveis a todos os direitos fundamentais, como igualdade e proporcionalidade. Os fundamentos adotados não se referiram propriamente aos direitos sociais constitucionais, mas a violação a princípios constitucionais, como igualdade, *legal certainty* e proteção das expectativas legítimas.<sup>909</sup>

<sup>906</sup> RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O constitucionalismo dos princípios. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 71-103, p. 94.

<sup>907</sup> URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11-48, p. 47.

<sup>908</sup> Dentre outros: MEDEIROS, Rui. A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 265-288, p. 267; José de Melo Alexandrino, para quem em tempos de crise o TC deve abster-se particularmente do recurso a “fórmulas abstratas”. Em ALEXANDRINO, José de Melo. Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 49-68, p. 65-67 e 68; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O constitucionalismo dos princípios. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 71-103, p. 94. Este último autor entende que o TC não aplicou adequadamente os princípios, incorrendo nos “cinco pecados capitais” do fórum de princípio: irrazoabilidade, imprevisibilidade, inadequação, ilegitimidade e insularidade.

<sup>909</sup> CANOTILHO, Mariana; VIOLANTE, Teresa; LANCEIRO, Rui. *Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4->

Os mesmos autores entendem que há na CRP direitos em espécie catalogados com minúcia de conteúdo, que teriam grau de determinabilidade suficiente para ensejar o desenvolvimento de uma jurisprudência fundada na garantia jurisdicional direta; exemplificam com o direito a proventos de aposentadoria e pensão ou o direito ao salário. Aduzem que talvez assim se proceda em função de que o apelo aos princípios constitui uma forma de compor as diferentes posições dos membros do TC, na qual um consenso se afigura mais facilitado, quanto aos direitos sociais, quando baseado em termos de princípios gerais do que a partir das disposições específicas sobre os direitos sociais consideradas como direcionadas ao legislador.<sup>910</sup>

Encerra-se esse breve apanhado, dado que não é o intuito traçar um inventário completo das diferentes posições doutrinárias acerca da jurisprudência da crise, mas sim destacar a acirrada repercussão que a questão levanta também nessa área, bem demonstrando a aptidão do tema da proteção dos direitos sociais em tempos de crise para gerar controvérsias na vida política, na sociedade e no meio jurídico.

No cotejo das decisões jurisprudenciais do TC e do STF se constata que ambas as cortes, ao examinarem o tema dos direitos sociais, revelam semelhantes dificuldades e preocupações e desenvolvem muito similares linhas argumentativas.

Destaque-se que o Tribunal português em suas decisões adota argumentação fundada em princípios reconhecidos em julgados exarados em tempos de 'normalidade' e não de crise, sem neste aspecto inovar na interpretação jurídica. Contudo, não se furta a avaliar o tema da repercussão da crise em relação aos direitos sociais, esforçando-se por construir alguns parâmetros de interpretação e orientação sobre os limites das medidas de austeridade em relação aos direitos sociais, inclusive quanto à temporalidade das medidas, reconhecidas algumas como válidas em um contexto de transitoriedade, a serem revertidas uma vez superado o período de crise.

As distinções encontradas nas decisões das duas Cortes devem ser compreendidas no contexto dos respectivos sistemas jurídico-constitucionais. Como sublinhado no segundo capítulo deste trabalho, os dois textos constitucionais

---

<sup>910</sup> canotilho,%20violante%20&%20lanceiro.pdf, p. 2, p. 7.  
CANOTILHO, Mariana; VIOLANTE, Teresa; LANCEIRO, Rui. *Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws4/w4-canotilho,%20violante%20&%20lanceiro.pdf>

apresentam muita similaridade quanto à estrutura dos direitos fundamentais, mas acentuada distinção quanto à força jurídica a eles conferida.

O texto constitucional português, ao passo que previu extensa e minudente catalogação de direitos sociais, outorgou-lhes um regime de proteção mais fraco, fundado em uma compreensão dicotômica dos direitos fundamentais atrelada à distinção entre direitos *enforceables* e *non-enforceables*. O texto constitucional brasileiro deu trato diferente ao tema e dotou os direitos sociais de regime mais reforçado, aplicabilidade direta e significativa força normativa.

Fato é que o Tribunal Constitucional português interpreta e aplica a CRP, o STF interpreta e aplica a CRFB, compreendendo-se assim nesse contexto de diferentes sistemas jurídico-constitucionais muitas das assimetrias entre as respectivas jurisprudências constitucionais.

Assim delimitadas as diferentes dimensões e polarizações acerca do tema de estudo, busca-se traçar algumas considerações sobre a proteção judicial dos direitos sociais tempos de crise.

A respeito, entende-se necessário fixar que qualquer abordagem do tema deve ser perspectivada a partir do sistema constitucional, porque o que se propõe é uma questão jurídica, então é a partir da Constituição que se devem buscar respostas para a proteção dos direitos sociais em tempos de crise.

A respeito, vale destacar que é antiga a preocupação dos constitucionalistas com o tema dos efeitos da crise financeira em relação aos direitos fundamentais; o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em artigo publicado em 1990, defendia que o texto constitucional deveria prever “sistemas de emergência” não só para as crises políticas, mas também para a crise financeira como uma situação excepcional que eventualmente poderia justificar uma resposta extraordinária. Desta forma, para evitar o arbítrio causado por “entorses à Constituição” fundadas em estado de necessidade econômica, propunha que fosse regulamentado constitucionalmente um estado de exceção econômico, estabelecendo limites materiais e temporais para as intervenções.<sup>911</sup>

Contudo, a CRP e a CRFB<sup>912</sup> somente preveem medidas de exceção em

---

<sup>911</sup> No texto, o autor propõe critérios de competência e limites materiais e temporais para o regime de exceção, sinalando ainda que devem ser estabelecidas formas de responsabilização. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *R. Inf. Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, p. 33-48, out./dez. 1990.

<sup>912</sup> Outros textos constitucionais estabelecem a possibilidade de estado de exceção em caso de



situações de crise grave que autorizam restrições ou suspensões de direitos, em casos limitados, quando houver a decretação de estado de defesa ou de sítio.<sup>913</sup> A crise das finanças estatais não é causa para a instauração de regime de exceção, de suspensão ou de restrição excepcional de direitos, de modo que o problema dos direitos sociais constitui questão que deve ser resolvida dentro dos parâmetros constitucionais habituais.

Também em respeito à normatividade constitucional deve-se ainda sinalar outros dois pressupostos. O primeiro ponto a destacar é a questão da natureza dos direitos sociais. Como se sublinhou à exaustão no curso deste trabalho, os direitos sociais são direitos fundamentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana, constituindo condições para o exercício e desenvolvimento da pessoa humana. Na CRFB foram incluídos entre os direitos fundamentais e como tal devem ser perspectivados em qualquer interpretação sobre o tema.

O segundo é o de que a crise não pode se constituir em justificativa para se ignorar a Constituição; o argumento da crise deve ser perspectivado e contextualizado, sem que por si só seja absoluto, implicando que *there is no alternative*<sup>914</sup>. Não se pode admitir que “a necessidade não reconheça lei alguma” e muito menos que “a necessidade faça a própria lei”.<sup>915</sup> Em última instância, como situação de exceção, essa sobrevalorização pode conduzir a que

[...] a crise seja tida como justificando até mesmo a violação de direitos fundamentais, consistindo na geração de uma espécie de estado de necessidade (ou de exceção, ou de impossibilidade fática) que desobriga o Estado de obedecer a qualquer direito, transformando os atos do poder em decisões ou livres ou absolutamente vinculadas à necessidade (...) ou uma norma suprema e necessária – a suprema salvação pública.<sup>916</sup>

---

crise econômica; refira-se, dentre outros, as Constituições mexicana e francesa.

<sup>913</sup> Ilustrativamente, destaque-se que na CRFB o estado de defesa é reservado aos casos “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”; por seu turno, o estado de sítio pode ser decretado em caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa ou de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, conforme artigos 136 e 137 da CRFB.

<sup>914</sup> Refere-se ao slogan cunhado por Margaret Thatcher, cujo acrônimo, ‘TINA’, é frequentemente ligado a referências acerca da inevitabilidade da globalização e da prevalência das leis de mercado.

<sup>915</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Tradução Flávia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2005.

<sup>916</sup> HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: Crise,

A respeito dessa questão, Antônio Manuel Hespanha adverte para o risco da potencialização do argumento da crise, ocasião em que “o direito como ponderação é substituído por um direito sem ponderação, numa situação em que os fatores de decisão são imponderáveis (e incomensuráveis) e não argumentáveis”.<sup>917</sup> Instaura-se um quadro de coisas no qual a argumentação retórica acerca da magnitude da crise e de seus efeitos acarreta que seja perdida a ‘comensurabilidade’ em relação aos outros interesses, de forma a que esse argumento se torna praticamente incontrastável.<sup>918</sup> O perigo é subverter a ordem constitucional, permitindo que o governo dos homens supere a conquista histórica do governo das leis.<sup>919</sup>

Por outro lado, também não se poderia estabelecer um princípio “*in dubio pro* medidas anti crise”.<sup>920</sup> Como bem refere Catarina Botelho, admitir-se tal princípio representaria uma inversão da lógica do princípio da constitucionalidade: “são as medidas que têm que demonstrar a sua compatibilização (ou maior compatibilização possível) com a Constituição, e não o contrário”; assim, em matéria de direitos sociais, em uma conjuntura de crise, seria mais razoável apelar-se para o princípio “*in dubio pro justicia socialis*”.<sup>921</sup> Na feliz síntese de Jorge Bacelar Gouveia, deve-se lutar para haver uma “Constituição da crise” e não uma “Crise da Constituição”; não podendo um estado de exceção subverter exatamente a ordem constitucional que visa, em último termo, defender.<sup>922</sup>

Discorda-se das teses que defendem uma excepcionalidade constitucional em tempos de crise financeira. Bem ao contrário, firma-se posição no sentido de que, nos

---

Direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 21-120, p. 98.

<sup>917</sup> HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: Crise, Direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 21-120, p. 101.

<sup>918</sup> HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: Crise, Direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 21-135, p. 108-109.

<sup>919</sup> TAVARES DA SILVA, Suzana. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise *in Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. NABAIS, Casalta [Org.]. Coimbra: Almedina, 2011. p. 47.

<sup>920</sup> Como defende URBANO, Maria Benedita. Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e CALVÃO, Filipa (org.). *A crise e o Direito Público*. Lisboa: ICJP, 2013, p. 7-31, p. 25. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf). Acesso em 12. set. 2016.

<sup>921</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 511.

<sup>922</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Da “Constituição da crise” à “crise da Constituição”? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 179-199, p. 183, 185.

momentos de crise, a defesa da normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais faz-se ainda mais necessária, porque exatamente nesses períodos tendem a ocorrer mais ofensas aos direitos fundamentais, em nome dos interesses do Estado. Daí deriva que o papel desempenhado pelos sistemas de proteção social se impulsiona durante períodos de choques e crises econômicas<sup>923</sup>.

Assim, em tempos de crise, como assevera Reis Novais, “a Constituição deve adquirir uma nova e reforçada aplicabilidade, deve ser aplicada com maior rigor e exigência”, competindo ao órgão encarregado da justiça constitucional ser “ainda mais vigilante e guardião dos direitos e garantias nela previstos do que em tempos de normalidade”.<sup>924</sup>

Tem-se desta forma como pressupostos para o desenvolvimento de uma reflexão sobre o tema da proteção dos direitos sociais em tempos de crise, a um, a necessidade de observância da normatividade constitucional; a dois, a natureza jusfundamental dos direitos sociais, a reclamar proteção especial; e a três, a não autorização para subversão da ordem constitucional em virtude de crise financeira.

Reafirmados esses parâmetros, destaca-se que dentre todos os direitos fundamentais, são os direitos sociais que tendem a ser os mais atingidos em épocas de crises econômico-financeiras. De um lado a recessão econômica atinge mais dura e desproporcionalmente os menos favorecidos, cujo nível de vida tende a se deteriorar mais rapidamente porque têm menos recursos para enfrentar as agruras das crises. Em tempos de crise cresce o desemprego, aumentam a pobreza e a desigualdade social. E por outro lado embora todos os direitos tenham custos, na presença da urgência financeira do Estado, quando os governos elaboram medidas de austeridade, geralmente um dos principais caminhos tende a ser a suspensão, ou redução, ou corte dos direitos sociais.

Nesse passo, quando se pretende buscar meios de elaboração de uma proteção jurídica dos direitos sociais em tempos de crise, avulta a dupla dimensão da crise em relação a estes, na qual de um lado se aumenta a demanda social e de outro lado os mais desfavorecidos são mais duramente atingidos pelas medidas estatais corretivas da crise.

---

<sup>923</sup> SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book

<sup>924</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 53.

Refira-se que é exatamente nas crises que os direitos sociais se tornam mais importantes, porque na sua base está a noção de proteção contra adversidades. Em tema de direitos sociais, tempos de crises estruturais e pessoais não são exatamente excepcionais, mas sim constituem as verdadeiras condições sob as quais os direitos sociais têm maior importância e as suas obrigações devem ser ativadas.<sup>925</sup>

Ocorre que se a dimensão dos limites financeiros em relação aos direitos sociais é questão que se destaca mesmo em tempos de normalidade, dado que são direitos realizáveis de acordo com as possibilidades de cada sociedade, ao seu tempo e lugar, mais ainda tal ocorre em tempos de crise.

Na concepção de Jorge Bacelar Gouveia, os direitos sociais são “direitos elásticos”, alargando-se quando há uma expansão económica e reduzindo-se quando há uma recessão.<sup>926</sup> A respeito, Jorge Miranda refere que, dada a sujeição dos direitos económicos, sociais e culturais às condições fáticas de realização, as normas concretizadoras desses direitos estão sujeitas a uma *reserva geral imanente de interpretação*. O que significa que, quando se façam presentes condições económicas favoráveis, devem ser interpretadas no sentido de máxima realização das prestações; contudo, em situação de recessão ou de crise financeira, deve haver adequação ao nível de sustentabilidade existente.

- 1.) Quando se verificarem condições económicas favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas de modo a de delas extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações;
- 2.) Ao invés, não ocorrendo tais condições – em especial por causa de recessão ou de crise financeira – as prestações têm de ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes;
- 3.) Situações de extrema escassez de recursos ou de excepção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas não-de retomar a sua efectividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida colectiva – o que não se justifica, em caso algum, é uma leitura a contrário do art. 19º da Constituição quer no sentido da impossibilidade de suspensão dos direitos económicos, sociais e culturais, quer no sentido de uma eventual suspensão não ter de observar quaisquer regras ou limites, designadamente o respeito da reserva de competência legislativa parlamentar;
- 4.) Mesmo nesses casos a dignidade da pessoa humana postula a

<sup>925</sup> BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine. *ICOM*, vol. 12, n. 3, p. 710–739, 2014, p. 718-719.

<sup>926</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Da “Constituição da crise” à “crise da Constituição”? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 179-199, p. 192.

garantia de um conteúdo mínimo dos direitos ou de um mínimo material de subsistência.<sup>927</sup>

De fato, é inegável que a realização dos direitos sociais, como aliás de todos os direitos fundamentais, tem relação com as condições econômicas da sociedade. Contudo, os direitos sociais não constituem direitos a serem efetivados apenas quando há “sobra” de recursos no orçamento, como se fossem os “primos pobres” dos direitos civis e políticos. Deve-se pensar em termos de realização integral de todos os direitos fundamentais, dentro das possibilidades do Estado, sem que possam deixar de ser priorizados os direitos sociais.

E a jurisdição constitucional, evidentemente, deve manter conexão com a realidade social, cabendo-lhe servir a dois senhores: “a lei e a realidade”,<sup>928</sup> atualizando e adaptando o texto às mudanças da realidade constitucional; contudo “sem admitir que esta se afaste dos seus compromissos fundamentais com a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana o Estado de Direito democrático”.<sup>929</sup>

A jurisdição constitucional em um quadro de normatividade constitucional orientada pelos direitos fundamentais deve ser concebida como uma jurisdição “forte”, cujo papel precípua é fiscalizar o cumprimento da Constituição e proteger os direitos fundamentais. Há, em alguma medida, a judicialização da política, mas dentro desse modelo de Estado ela é, de certa forma, positiva como parte do jogo democrático, e também inescapável; a justiça constitucional não pode se demitir de sua função que constitui, ao fim e ao cabo, a sua missão constitucional.

Num sistema no qual a fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos naturalmente pode desembocar em decisões contramajoritárias, ocorre uma ínsita tensão entre Constituição, direitos fundamentais e democracia; tensão esta que é natural e imanente ao Estado Democrático de Direito, na medida em que a Constituição encerra direitos fundamentais que constituem para o futuro, estabelecendo limitações tanto ao poder legitimamente constituído e à maioria democrática, cuja esfera de decisão é contida e limitada dentro da moldura constitucional.

---

<sup>927</sup> MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 47, n.º 188, p. 23-36, out. dez/2010. Ver também em \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 443.

<sup>928</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 5. ed. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003, p. 132.

<sup>929</sup> BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 513.

Nesse contexto é que se situa a metáfora de Dworkin de *rights as trumps* (direitos como trunfos)<sup>930</sup>, sendo em seguimento, por Reis Novais concebidos os direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria”,<sup>931</sup> - que também se aplicaria em relação aos direitos sociais<sup>932</sup> -, o que, em suma, se traduz em que a posição individual protegida como direito fundamental goza de uma situação de primazia em face dos poderes constituídos, incluindo as decisões da maioria democraticamente exaradas.

Para Reis Novais, em situação de normalidade, a justiça constitucional constitui “mecanismo derradeiro de *balanceamento*, de *equilíbrio*, de reposição da regularidade” entre os poderes do Estado.<sup>933</sup> Contudo, em tempo de crise política econômica ou social, a situação se altera; direitos que normalmente seriam respeitados “passam a ser ameaçados pelas decisões da maioria parlamentar ou governamental”; durante as crises, os mecanismos tradicionais de equilíbrio entre os poderes ficam descompensados, não mais funcionam regularmente; em consequência, “a tendência para os abusos por parte dos poderes constituídos sobe em escalada, as posições dos mais débeis, das minorias, do indivíduo isolado, são ameaçadas e negligenciadas por força dos fatores, dos receios, dos objetivos imediatos” que passam a preocupar os governantes.<sup>934</sup>

Sinala-se que os direitos fundamentais sociais, como aliás todos os direitos, não são absolutos e eventualmente podem ser restringidos em situações excepcionais, de acordo com os limites traçados no próprio texto constitucional.

Contudo, considerada a natureza e as finalidades dos direitos sociais, bem como assim a especial proteção constitucional, quaisquer medidas legislativas ou administrativas que em situação de crise impliquem restrições dos direitos fundamentais devem ser situadas em uma lógica de justificação forte, excepcional, de conformidade com os ditames constitucionais. E em um Estado de Direito deve a justiça constitucional proceder ao controle dessa justificação, cabendo-lhe

[...] verificar se as justificações governamentais são suficientemente

<sup>930</sup> DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153-167, p. 153.

<sup>931</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

<sup>932</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 323 e ss.

<sup>933</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 53-54, grifos no original.

<sup>934</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 55, grifos no original.

fortes para fazer ceder direitos tão fundamentais como são os direitos referidos e, sobretudo, em seguida, cabe ao Tribunal Constitucional verificar se a limitação foi feita em coerências com as motivações indicadas e se respeitou os princípios constitucionais que qualquer restrição a direitos fundamentais tem sempre de observar: a igualdade, a proporcionalidade, a segurança jurídica, os limites impostos pela dignidade humana.<sup>935</sup>

Por outro lado e novamente como destaca Reis Novais, esse controle é normalmente conflituoso, e tal conflito é inerente à democracia, pois

Quando se dá ao Tribunal Constitucional o poder de invalidar as leis, de as erradicar da ordem jurídica, de as anular com fundamento na inconstitucionalidade, então tal corresponde sempre, objetivamente, a perturbação da ação política do Governo, e a eventual criação de obstáculos, por vezes decisivos, à prossecução do programa e das opções políticas do Governo expressos nas leis em questão. Pretender que jurisprudência constitucional fosse, nessa altura, igual a decisão consensual, pacífica, é uma contradição em termos.<sup>936</sup>

Concorda-se com Reis Novais que, perante situação de crise, o Estado de Direito democrático não deve deixar os cidadãos inteiramente desprotegidos e à mercê das decisões da maioria, dado que

É precisamente nestas alturas que a justiça constitucional desempenha, como nunca, o seu papel insubstituível na garantia dos direitos fundamentais e dos princípios de justiça que a comunidade desejou preservar das decisões maioritárias e que, por isso mesmo, colocou na Constituição. Não significa isto que, então, o Tribunal Constitucional deva estar necessariamente contra as decisões governamentais, mas, e isso é seguro, é nessas alturas que o seu papel de vigilância, de guardião, de garante dos direitos das pessoas contra os poderes públicos é mais necessário e deve ser exercido mais rigorosa e exigentemente.

Precisamente, é nestes períodos *patológicos*, de anormalidade, que o papel da justiça constitucional, pelo menos face ao legislador, é mais importante e decisivo, porque, como frequentemente ocorre, e aconteceu entre nós nesse período de emergência financeira, quando tudo o mais falha, as pessoas só encontram algum conforto e apoio para a defesa de seus direitos junto aos tribunais e, tratando-se de direitos constitucionais, só encontram essa proteção no Tribunal Constitucional.<sup>937</sup>

<sup>935</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 62.

<sup>936</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 84.

<sup>937</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 53.

Fixado que mesmo em situação de crise deve ser assegurada a proteção dos direitos fundamentais sociais e que a jurisdição constitucional é um dos mecanismos de proteção, remanesce a questão de como deve ser exercido o controle judicial, que parâmetros de atuação devem guiar as decisões em tema de tanta complexidade e incerteza.

Vale destacar, inicialmente, a teoria de Gustavo Amaral sobre os limites das decisões judiciais alocativas em face do conflito entre necessidades infinitas e recursos finitos. Destacando que os recursos materiais são intrinsecamente escassos para o atendimento de todos os interesses, entende que as decisões sobre a alocação de recursos competem à área da política, sendo os demais poderes mais capacitados tecnicamente para as escolhas trágicas - *trade offs*; o papel do Judiciário é secundário, residual, não cabendo efetuar a mediação fato-norma, mas apenas exercer o controle circunstancial, nos casos concretos, das decisões inadequadas, cotejando as razões dadas pelos órgãos do Estado para suas escolhas. No controle judicial os parâmetros para verificação da legitimidade da atuação estatal devem ser auferidos considerando em critério de ponderação, de um lado, as razões para que a prestação não seja atendida e, de outro, o grau de essencialidade da prestação pretendida, vinculado à dignidade da pessoa humana e à manutenção de uma existência digna.<sup>938</sup>

Uma posição semelhante é defendida por David Landau. A partir dos parâmetros adotados julgados do Tribunal Constitucional colombiano no controle de medidas de austeridade, defende que nas decisões nesse tema deve ser enfatizado o mínimo vital dentro do amplo marco do Estado Social de Direito, de forma a que sejam priorizados os direitos dos menos favorecidos. O controle das medidas governamentais de autoridade restaria jungido a uma carga especial de justificação sempre que as medidas atingirem os interesses dos mais desfavorecidos.<sup>939</sup>

Uma proposta de composição dos direitos sociais em tempos de crise econômica baseada no consequencialismo e na análise do custo-benefício é formulada por Andrea Magalhães. Salieta que na aferição do custo-benefício nos

---

<sup>938</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 119-120.

<sup>939</sup> Adotando posição semelhante, David Landau. LANDAU, David. La promesa de una aproximación al mínimo vital: el modelo colombiano de control de constitucionalidad de las medidas de austeridad. In: \_\_\_\_\_. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book



casos difíceis não podem deixar de ser considerados fatores extraeconômicos como a equidade, a dignidade e a previsibilidade das decisões. Uma atuação consequencialista do *judicial review* nos direitos sociais implica que sejam ponderados os efeitos da decisão em relação à melhor proteção do direito, a irradiação em relação aos princípios da igualdade e da dignidade, a eventual violação das regras de responsabilidade fiscal, a possibilidade de cumprimento ao longo do tempo, os eventuais efeitos perversos da decisão em prejuízo de outros interesses e direitos. A autora defende uma jurisprudência humanizada, baseada na essencialidade do bem jurídico buscado judicialmente, essencialidade essa auferida em função da sua relação com a dignidade humana e no impacto macroeconômico das alternativas da decisão, de acordo com a intensidade da crise.<sup>940</sup>

Conforme se buscou denisficar no decorrer deste trabalho, a proteção dos direitos sociais depende da configuração econômica de uma determinada sociedade, assim como de um conjunto de medidas a cargo dos diferentes atores estatais, vinculados ao cumprimento das normas constitucionais e à concretização dos direitos fundamentais.

Qualquer abordagem das alternativas possíveis de atuação deve ter como pressuposto a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais e, no caso brasileiro, devem ser considerados, a um, o crônico déficit de efetivação desses direitos, que, ainda que reconhecidos formalmente muitas vezes constituíam apenas “direitos de papel”, sem a correspondente reflexão na sociedade; e, a dois, o arraigado quadro de desigualdade e exclusão social ainda por merecer correção.

A função do Poder Judiciário, é certo, constitui uma função residual, complementar, cabendo-lhe o controle da ação ou da omissão do Estado tanto no que toca à elaboração e ao atendimento das políticas públicas quanto nos casos individuais, das demandas relativas aos direitos prestacionais, no aspecto da conformidade aos direitos fundamentais sociais.

Entretanto, a subsidiariedade da função judicial não diminui a sua importância, como peça fundamental integrada a um sistema protetivo, ainda mais no caso brasileiro, onde o texto constitucional acolheu a cláusula de efetividade dos direitos sociais e estabeleceu garantias na forma de uma série de remédios judiciais.

Desse modo, diante de medidas restritivas de direitos sociais sob a alegação

---

<sup>940</sup> MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

de crise financeira não pode o Judiciário, sem falsear as tarefas que lhe são atribuídas, nem extrapolar nem abdicar de suas funções constitucionais de controle judicial. Cabe-lhe o exercício da jurisdição zelosa da conformação e da efetividade dos direitos sociais previstos no texto constitucional.

Nessa atividade pode o Poder Judiciário controlar em jurisdição constitucional as medidas restritivas de direitos sociais, tanto no aspecto da alegação da crise econômica, quanto na extensão das medidas determinadas, devendo aferir a legitimidade das restrições frente ao sistema constitucional de direitos fundamentais.

O controle da legitimidade não pode levar em consideração somente o critério da escassez econômico-financeira do Estado e sim deve ser exercido em ponderação com outros critérios, como a dignidade humana, o mínimo existencial e a proteção da confiança, buscando a preservação do conteúdo dos direitos sociais.

Não é suficiente a mera alegação da falta de recursos, da qual não decorre automaticamente a presunção de impossibilidade de efetivação dos direitos sociais. Um juízo acerca de tais temas exige a configuração de justificação forte da conformação da escassez dos recursos e da adequada alocação e priorização do uso dos recursos, bem como da inexistência de alternativas menos prejudiciais aos direitos sociais, as quais compete ao Estado demonstrar.

No Brasil, quase trinta anos passados da Constituição de 1988, texto constitucional com conteúdos materiais bastante amplos e completos sobre direitos sociais, dotando-lhes de aplicabilidade direta, força normativa e prevendo vários mecanismos para assegurar-lhes efetividade, celebrado como a “Constituição Cidadã”.

Contudo, na prática, passados quase trinta anos da sua promulgação, a realidade ainda está muito distante daquelas previsões. Somos hoje bastante e dolorosamente conscientes de que não se pode esperar tudo da Constituição, do Direito e muito menos do Poder Judiciário. A realidade está aí a nos lembrar disso todos os dias.

Apontava Carlos de Cabo Martin em texto publicado em 2007 a existência, então, de uma peculiar situação na Europa, correspondente à disparidade entre realidade e textos constitucionais. Em que pese à crise pela qual vinha passando o Estado Social europeu, as previsões constitucionais continuavam mantendo formalmente o Estado Social. Defendia o autor que essa contraditoriedade entre

Constituição e realidade permitiria em certa medida uma defesa reforçada do Estado Social, mediante teoria e prática constitucionais adequadas à proteção dos direitos, pela revalorização do direito e da Constituição.<sup>941</sup>

*Mutatis mutandis*, este parece ser o caso no Brasil. Temos uma constituição compromissória com o bem-estar social, que buscou compor a questão social, que inseriu entre seus objetivos a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. De fato é necessário unir esforços, como sociedade, para que a dignidade seja vivida e efetivada.

É preciso recuperar um pouco da ideia original que levou Canotilho a conceber a constituição dirigente<sup>942</sup>, contudo, um dirigismo constitucional iluminado, valorizado, refrescado, sendo a Constituição reconcebida não como uma forma de cristalização da sociedade, e sim como abertura e instrumento de luta social; pois, se aprendemos no Brasil algo com as reiteradas e sucessivas crises econômicas e políticas, foi que a sociedade precisa se apropriar dos seus espaços políticos, cotidianamente discutir democraticamente e participar na construção do bem-estar da sociedade e da promoção da dignidade de todos e de cada um.

E o que pode o Direito, neste contexto? Nada além de, sem esvaziar ou ocupar o lugar das lutas sociais, dentro da sua esfera de competência e no limite de suas atribuições, se aliar a esta batalha cotidiana.

---

<sup>941</sup> DE CABO MARTIN, Carlos. El tratado constitucional europeo y el constitucionalismo del Estado Social. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 19, p. 199-213, 2007, p. 204.

<sup>942</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994; posteriormente o autor reviu parcialmente sua teoria a partir de concepções de reflexividade constitucional e constitucionalismo multinível. Ver: o prefácio da segunda edição da obra original, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Destaca-se que se pode compreender que seria admissível certa relativização, admitindo o autor que as constituições dirigentes “devem continuar a existir enquanto forem historicamente necessárias”; ver, a respeito, as transcrições das intervenções orais de evento ocorrido em fevereiro de 2002, registradas em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, de cuja p. 39 se extraiu o excerto acima; e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, especialmente as p. 131-162.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegado o ponto final deste trabalho de pesquisa, volta-se à indagação inicial, para, revendo o percurso investigatório questionar-se em que medida o quadro traçado contribuiu para a construção de alternativas ao problema posto inicialmente.

Propusemo-nos a refletir sobre o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais em um quadro de crise e de incerteza quanto ao futuro do constitucionalismo social. Em tempos em que a sociedade se complexiza, as demandas se multiplicam, o próprio Estado Social e a sua estrutura normativa se encontram desacreditados como projetos de realização da justiça social.

O estudo realizado partiu de um exame sobre a origem da noção de direitos fundamentais, demonstrando-se que os direitos sociais nascem de concepções de solidariedade e fraternidade que sempre acompanharam a história da humanidade. Desde os primórdios o homem buscou formas de se proteger em face dos riscos, dos infortúnios e da pobreza, seja com amparo do grupo familiar, dos seus pares ou da comunidade, seja por ações caritativas, religiosas ou beneficentes.

Traçou-se uma abordagem de como o Estado de Direito se constituiu e se desenvolveu até o Estado Social, sinalando a gradual evolução e o progressivo reconhecimento dos direitos sociais, como resultado de conquistas sociais. Constatou-se que, historicamente, o reconhecimento e a garantia dos direitos individuais e de liberdade não se fizeram suficientes para que a liberdade e a igualdade materiais fossem efetivamente asseguradas. Assim, os direitos sociais surgiram como imperativo da realização da democracia e do livre desenvolvimento das capacidades humanas; a liberdade de escolha e o pleno exercício das capacidades demanda a garantia de um nível mínimo de condições materiais.

Demonstrou-se que gradualmente os Estados passaram a se constituir como Estados Sociais, especialmente a partir da segunda metade do século XX, inicialmente nos países europeus e, posteriormente, também se expandindo para outras regiões do globo, dentre as quais a América Latina. Destacou-se que não há um único tipo de Estado Social, concepção que se caracteriza pela multiplicidade e heterogeneidade de modelos. Traçou-se, a propósito, um breve histórico do desenvolvimento do Estado Social no Brasil, demonstrando como ocorreu uma evolução lenta e bem mais restrita, plena de rupturas, sinalando-se nesse desenvolver a importância da Constituição de 1988, como documento que reinstaurou a

democracia e reconheceu amplamente os direitos fundamentais, e dentre estes os direitos sociais.

De outro passo, sinalou-se que, ainda que o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais tenha ocorrido em momento histórico posterior ao dos direitos civis e políticos, não se trata de categorias estanques. Os direitos sociais encerram os ideais de mais alta aspiração da humanidade, de liberdade, igualdade substancial e justiça, havendo uma recíproca interdependência entre estes e os direitos, liberdades e garantias, compondo uma universalidade jusfundamental em mútua imbricação, constituindo uns condição para o exercício dos outros. O conjunto de direitos fundamentais se constitui em um todo indivisível, composto de direitos interdependentes entre si, revelado e fortalecido em um acordo básico fundamental estabelecido entre as diferentes forças sociais. Tratando-se de verdadeiros direitos fundamentais, devem ser reconhecidos e adequadamente protegidos.

A seguir, realizamos um breve bosquejo sobre a evolução das catalogações de direitos sociais, demonstrando que gradualmente os direitos sociais foram sendo incorporados aos textos legais e constitucionais, especialmente a partir da segunda metade do século XX. Destacou-se como se desenvolvem os esquemas protetivos dos direitos fundamentais em diferentes Estados, a partir dos textos constitucionais, outros por práticas e também por construções jurisprudenciais, evidenciando-se que há uma preocupação de boa parte dos Estados, assim como dos organismos internacionais, com o tema dos direitos sociais.

Essa preocupação se traduz na consolidação dos direitos sociais e das formas de proteção dos direitos sociais, o que se faz por diferentes modelos; quando incluídos em textos constitucionais, nem sempre tal ocorre da mesma forma: às vezes se faz apenas mediante inserção de princípio ou fim do Estado, às vezes na forma de catalogação expressa material, às vezes de forma dispersa, variando ainda quanto à força jurídica que lhes é concedida; por outro lado, há Estados nos quais não há a inserção dos direitos sociais nas disposições constitucionais mas que mantêm eficazes redes de proteção social.

Constatou-se também que há a emergência de uma justiça constitucional de direitos sociais. Contudo, não há univocidade quanto ao sistema adotado, havendo mais débeis e outros mais fortes, evidenciando-se a tendência a um regime menos reforçado de proteção dos direitos sociais quando comparado com os esquemas protetivos dos direitos civis e políticos.

Referiu-se que há uma dimensão internacional da proteção dos direitos sociais, havendo inserção também em instrumentos internacionais nas diferentes organizações internacionais e regionais, inclusive com o recente surgimento de decisões nos tribunais internacionais a respeito do tema. Contudo, em que pese à extensa previsão em textos internacionais, destacou-se a limitação dos esquemas de proteção no plano internacional.

Na pesquisa sobressaiu a conclusão que a base constitucional não é imprescindível para adequada proteção dos direitos fundamentais sociais, sendo que os Estados Sociais admitem várias formas de manifestação, inclusive alcançando altos níveis de bem-estar e proteção social sem que estejam previstos nas Constituições; o contrário também acontece, inclusive identificando-se historicamente modelos autoritários e desviados nos quais a previsão normativa não encontra repercussão na realidade social.

Entretanto, considerando-se que a constitucionalização dos direitos sociais é um elemento que contribui para a sua afirmação, reconhecimento e reivindicação, defendeu-se que ela é importante e muito necessária no caso do Brasil, em que há uma história de incorporação dos direitos sociais em um contexto autoritário como benesses ou favores, persistindo uma realidade de negação de direitos sociais mais básicos. Sem deslizar para a crença ingênua de que a mera inserção constitucional assegura a efetivação dos direitos sociais e vá por si só alterar a realidade social, e sem afastar a necessidade de participação e reivindicação desses direitos pela sociedade, concluiu-se que o reforço constitucional constitui no caso uma via importante; representa um ponto de partida para o maior aprofundamento da prática protetiva e também contribui para dotar os direitos sociais de maior justiciabilidade – aqui compreendido o termo em sentido amplo, em todas as instâncias sociais e estatais.

A seguir buscou-se examinar como se deu a inserção e a proteção dos direitos sociais nos sistemas constitucionais brasileiro e português. Intentou-se desenvolver um ensaio de comparação dos respectivos regimes, num recorte relativo ao tema da pesquisa, a partir dos textos constitucionais e dos entendimentos doutrinários.

Identificaram-se muitas simetrias entre os dois sistemas, ambos descendentes do modelo romano-germânico e revelando os respectivos textos constitucionais influências recíprocas. As duas Cartas buscaram construir democracias sociais, incluíram os direitos sociais entre os direitos fundamentais e

previram extensos e minudentes catálogos de direitos, ainda que estruturados de forma diversa.

Constataram-se também muitas semelhanças entre os bens sociais eleitos como objeto de proteção em Portugal e no Brasil, revelando univocidade na retórica constitucional, em termos gerais; preveem em comum, direitos a educação, previdência social, cultura, moradia, saúde, proteção do trabalho, das pessoas com deficiência, da família, da infância e da juventude, da maternidade, do idoso, desporto, ao meio ambiente, do consumidor. Refletindo o quanto a concepção de direitos fundamentais é fruto de construção cultural, as “liberdades sociais” (liberdade sindical, direito de greve), em Portugal desde a revisão constitucional de 1982 passaram a serem catalogadas entre os direitos, liberdades e garantias e na Constituição do Brasil estão entre os direitos sociais.

Quanto ao regime constitucional dos direitos sociais, revelaram-se semelhança em alguns pontos, mas também assimetrias importantes. Em linhas gerais, os dois sistemas adotaram rol de direitos fundamentais dotado de abertura material, previram o direito de petição e o acesso à justiça.

Uma dessemelhança importante é o fato de que no Brasil os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados cláusulas pétreas, protegidos contra revisão constitucional, o mesmo não acontecendo no sistema português, em que, a partir da exegese do texto constitucional, a doutrina não compreende a generalidade dos direitos sociais como limites de revisão constitucional.

Com relação aos limites de restrição aos direitos sociais, os parâmetros estabelecidos de forma geral na CRP somente se aplicam aos direitos sociais quando forem considerados análogos aos direitos, liberdades e garantias e às liberdades sociais. Na CRFB não há uma regra geral sobre o tema, omissão que se entende que seria interessante se fosse suprida de modo a estabelecer-se uma dogmática mais clara e própria para os direitos fundamentais.

Quanto às formas de tutela, em ambos os sistemas é assegurado o direito de petição, em termos bastante similares. O sistema português conta com Provedor de Justiça, órgão inexistente no Brasil. Não obstante tarefas semelhantes às desenvolvidas pelo Provedor de Justiça sejam atribuídas ao Ministério Público e à Defensoria Pública, defendeu-se que a instituição de órgão semelhante no Brasil seria importante para ensejar o acesso a uma instância participativa, contribuindo, quiçá, para uma cultura mais protetiva dos direitos sociais.

No que toca à tutela judicial, ambos os textos preveem o acesso à justiça em prazo razoável. No aspecto dos mecanismos de proteção dos direitos sociais, destacou-se o vasto leque previsto na CRFB, com adaptação de instrumentos já existentes e criação de novos remédios constitucionais; a CRP conta com a ação própria para a proteção de direitos, liberdades e garantias instituída na revisão constitucional de 1997.

No que diz respeito ao tema do controle da constitucionalidade, os dois sistemas adotam controle misto, tendo a CRFB incorporado a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por marcada influência da CRP. No Brasil, atualmente coexistem outros mecanismos de controle judicial da omissão sem paralelo em Portugal, como a ADPF e o mandado de injunção. Referiu-se a evolução do entendimento do STF acerca do tema da omissão, no sentido de admitir, em caso de reiterado descumprimento da regulamentação legislativa, o suprimento judicial da omissão, o que em Portugal não é considerado admissível.

Outra assimetria relevante entre os dois sistemas é a questão do primado das normas da União Europeia e a chamada constitucionalização multinível – questão que não tem correspondência em nosso país. O Brasil integra organizações internacionais e regionais, tendo firmado os respectivos pactos, contudo têm abrangência bem mais restrita, não sendo dotados da vinculatividade que, em alguma medida, caracteriza o sistema da União Europeia.

O maior ponto de distinção entre os sistemas brasileiro e português está na questão da força jurídica conferida aos direitos sociais. A Constituição portuguesa estabeleceu em alguns aspectos um regime de proteção reforçada para os direitos, liberdades e garantias. Há um regime comum que vale para todos os direitos fundamentais abrange alguns princípios e regras gerais, coexistindo com outro regime específico para os direitos, liberdades e garantias, que gozam de aplicabilidade direta e vinculatividade em relação às entidades públicas e privadas. Há limites à sua restrição legislativa; é vedada a sua suspensão, salvo em caso de exceção e ainda assim de forma limitada; ainda, junto com algumas liberdades sociais, constituem limites materiais ao poder de revisão constitucional. Em alguns pontos, há extensão do regime especial aos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias, mas não compreende a generalidade dos direitos sociais.

No sistema da CRFB, o entendimento doutrinário e jurisprudencial se inclina no sentido do reconhecimento da indivisibilidade dos direitos fundamentais, havendo



um único regime protetivo. Considera-se que as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, inclusive direitos sociais, são dotadas de aplicabilidade imediata e, no que toca à eficácia jurídica coexistem normas constitucionais de diferentes densidades, sendo algumas imediatamente eficazes e outras normas necessitando da interposição legislativa. Mesmo estas últimas são dotadas de aptidão para produzir alguns efeitos, conquanto não gerem a possibilidade de exigência imediata direta pelos seus titulares.

Consideradas as especificidades dos direitos sociais econômicos e culturais nos sistemas brasileiro e português, verifica-se que é possível estabelecer um diálogo entre os dois textos constitucionais no que toca aos direitos sociais, havendo em muitos pontos simetria na estruturação, nos bens sociais objeto de proteção e no regime dos direitos. Entretanto, as importantes dessemelhanças constatadas evidenciam a importância de considerar as diferentes realidades jurídico-constitucionais em qualquer análise que se pretenda realizar quanto ao tema de estudo.

Em prosseguimento, buscou-se traçar algumas linhas sobre a tutela multi-institucional dos direitos fundamentais sociais, examinando como se distribuem as tarefas de concretização dos direitos sociais. Sinalou-se, neste tópico, que o Estado Democrático de Direito deve pautar sua atuação pela concretização dos direitos fundamentais, em todas as suas instâncias.

Examinaram-se as diferentes concepções doutrinárias acerca da vinculação dos particulares aos direitos econômicos, sociais e culturais, concluindo-se que, ainda que dificilmente lhes possa ser imputada a promoção direta dos direitos a prestações, no mínimo estão ligados ao dever de respeitar e proteger os direitos sociais.

A seguir, compôs-se uma reflexão sobre as atribuições dos poderes do Estado, destacando-se, neste tópico, que o Estado Social acarreta uma complexização das tarefas estatais em todas as suas dimensões, legislativa, administrativa e judicial. Pontuou-se, ainda que a atribuição de força jurídica diferenciada aos direitos sociais no sistema português e brasileiro acarreta consequências distintas em relação à distribuição das tarefas estatais de concretização dos direitos sociais, especialmente em relação ao controle judicial de constitucionalidade.

Examinaram-se as atribuições do legislador, destacando-se que, nos dois sistemas, é o legislador o principal encarregado das opções políticas mais importantes

a respeito dos direitos sociais, decidindo sobre as prioridades e sobre a alocação de recursos, dentro do espaço de conformação estabelecido no texto constitucional. Destacou-se que no regime da CRFB a vinculação do legislador é mais estrita, em face da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais estabelecida no parágrafo primeiro do artigo 5º.

No que toca à vinculação dos órgãos administrativos, destacou-se que dispõe o administrador de algum espaço de liberdade de conformação das políticas públicas sociais, cujas linhas gerais são traçadas pelo constituinte e pelo legislador ordinário. Contudo, sinalou-se que também deve ter sua atuação comprometida com a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, neste capítulo examinou-se ainda o tema da atuação do Poder Judiciário em relação à concretização dos direitos sociais. Neste tópico se evidenciaram de forma mais marcada as consequências dos diferentes regimes de *enforcement* outorgados nas Constituições do Brasil e de Portugal quanto aos direitos sociais.

Destacou-se que os direitos sociais são direitos fundamentais e que por isso devem receber tutela judicial, ainda que não seja nem a única nem a mais importante instância de sindicabilidade dos direitos sociais. Apontou-se que o Estado Social alterou a natureza da função judiciária, impondo desafios complexos à jurisdição e acarretando um crescimento das demandas.

Tratou-se, ainda que de forma breve, sobre as questões da judicialização da política e do ativismo judicial, destacando-se a delicadeza do tema dos limites da sindicabilidade judicial em relação a questões como a reivindicação de direitos diretamente derivados de textos constitucionais e o problema do controle das políticas públicas.

Pontuou-se que em Portugal há uma concepção mais restritiva acerca dos limites do controle judicial, como natural reflexo do regime de proteção mais fraco dos direitos sociais; admite-se apenas em casos excepcionais o controle da omissão, e de forma também bastante restrita a sindicabilidade do conteúdo das opções legislativas, considerando-se não caber ao judiciário substituir-se ao legislador.

No Brasil, tendo-se como pressuposto a cláusula de efetividade, os fins expressos na Constituição de 1988 e a preservação da normatividade constitucional, tem-se admitido um controle de forma mais ampliativa, sem que tal represente ofensa nem ao princípio da igualdade nem à separação de poderes.

Traçado o esquema comparativo dos dois sistemas constitucionais, suas aproximações e distanciamentos, o último capítulo foi dedicado ao tema mais sensível desta pesquisa, relativo à crise do Estado Social e ao exame da jurisprudência nos dois países acerca dos direitos sociais.

Realizou-se um exame das diferentes dimensões e causas da crise do Estado social europeu, a qual já vem sendo objeto de discussões desde os anos 70 em função da crise do petróleo. Contudo, destacou-se que não se trata de uma crise meramente financeira e sim tem raízes mais profundas, ligadas à dificuldade de articulação com um modelo econômico excludente.

Vários fatores contribuem para a crise; os desafios da modernidade tornam problemática a manutenção do Estado Social, em função da complexificação da sociedade e dos riscos, do enfraquecimento do Estado nação, do esvaziamento da solidariedade, e da emergência da cultura da sociedade de consumo.

Destacaram-se também os fatores internos da crise, dentre os quais o agigantamento da burocracia estatal, o crescimento das demandas sociais, as alterações demográficas. Referiu-se que a incorporação da finalidade social à atuação estatal não é indene de discussões, alegando-se, dentre outros, potencial ofensa à liberdade e configuração de mecanismo de dominação feminina.

Consignou-se também a existência de críticas pontuais, dirigidas à estruturação das políticas no âmbito do Estado Social, dentre outros aspectos, no que toca à igualdade entre os sexos e à solidariedade intergeracional.

Referiu-se, nesse contexto, como a crise financeira iniciada em 2007 repercutiu em relação aos direitos fundamentais e às redes de proteção social. Essa repercussão não se deu de forma igual, atingindo de forma mais aguda alguns países europeus, os quais no período precisaram de ajuda externa e/ou editaram medidas de austeridade que atingiram de forma direta ou indireta os direitos sociais, inclusive as prestações mais básicas, como saúde, educação, questões relativas ao trabalho e redução ou suspensão de prestações previdenciárias e assistenciais.

A crise mostrou o quanto o tema dos direitos sociais está sujeito a avanços e retrocessos, bem como a significativa fragilidade dos respectivos sistemas de proteção.

Concluiu-se que o modelo de Estado Social pode estar a necessitar de algumas correções e reorientações pontuais, considerados os desafios da modernidade, as mudanças demográficas, a perspectiva da intergeracionalidade.

Contudo, entendeu-se que o “social” é hoje qualificativo indissociável do Estado Constitucional, não podendo ser abandonado para retornar-se a uma situação de desproteção dos direitos sociais.

Referiram-se algumas posições e propostas sobre os rumos do Estado social, concluindo-se que se encontra em curso um processo de mudança do modelo, de adaptação aos novos desafios, perspectivando-se que parece se configurar um momento de reconfiguração do Estado Social, sendo possível vislumbrar vários possíveis desenvolvimentos, mas não se identificando ainda em que sentido se conduzem.

Em prosseguimento, destacou-se que o tema da crise do Estado Social exige no Brasil atenção especial, em função de que, de forma muito diferente da Europa, o Estado social se desenvolveu de forma tardia, limitada e não linear. Ainda falta, no Brasil, alcançar um nível razoável de proteção social; há carência de níveis básicos de educação, de saúde, e persistem altos índices de pobreza e de desigualdade social.

Sinalou-se que deve ser considerada a prioridade que o texto constitucional brasileiro destinou à justiça social, à erradicação da pobreza e à correção das desigualdades sociais; ainda que se tenha consciência dos limites da normatividade constitucional, defendeu-se que se deve preservar a normatividade da “socialidade” da Constituição, como forma de proteção dos direitos sociais em tempos de crise.

A seguir, examinou-se a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais brasileiro e português, buscando identificar como vêm decidindo acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais nesse contexto de crise.

Referiu-se brevemente como se procede ao controle de constitucionalidade nos dois sistemas, traçando-se a seguir uma breve abordagem acerca da jurisprudência constitucional sobre direitos sociais nas Cortes Supremas do Brasil e Portugal.

Destacou-se que o TC, não obstante as vastas previsões na CRP acerca de direitos sociais, contava com um acervo relativamente limitado de decisões na área; contudo, recentemente foi lhe submetido o exame de constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas nas leis orçamentárias como forma de contenção da crise econômica, cuja conformidade à CRP foi colocada sob discussão em relação a vários aspectos.

Naturalmente, logo a seguir às medidas de redução de valores de salário e

proventos de reforma, foram submetidas ao Tribunal Constitucional português diversas ações de fiscalização de constitucionalidade, em controle abstrato, relativas a essas leis orçamentárias. O conjunto de decisões adotadas nesse período constituiu o que a doutrina denominou de “jurisprudência da crise”.

No Brasil, pode-se dizer que há um quadro de permanente crise a respeito dos direitos sociais, evidenciado pelo grande déficit de efetividade dos direitos sociais em relação às previsões constitucionais; além disso, vem ocorrendo medidas de corte retrocessivo em relação aos direitos sociais, cuja constitucionalidade vem sendo submetida ao STF. Assim, também no Brasil se pode identificar em relação aos direitos sociais a formação de uma “jurisprudência da crise”, não em relação a um período específico de medidas de austeridade, mas num sentido mais amplo, a uma crise do Estado Social brasileiro.

A avaliação da jurisprudência sobre os direitos sociais em crise evidenciou as dificuldades e limitações de uma jurisdição constitucional concretizadora dos direitos sociais em Portugal e no Brasil.

Destacou-se como os diferentes cenários políticos e sociais no Brasil e em Portugal não permitem a aplicação das mesmas soluções, pois se trata de problemas aparentemente similares mas com realidades sociais e políticas muito diferentes.

A crise também evidenciou o quanto o contexto político e econômico influencia a jurisprudência constitucional sobre a matéria. O exame da jurisdição constitucional no Brasil e em Portugal revelou as acentuadas dificuldades e a conflituosidade que caracterizam a tutela judicial sobre o tema, sendo que em ambos os países a jurisdição constitucional vem se esforçando em buscando caminhos para garantir a proteção da dignidade humana.

Por outro lado, ficou claro que a jurisdição constitucional em tema de direitos sociais reclama construções próprias, devendo ser concebida a partir dos respectivos sistemas jurídico-constitucionais. Se no regime constitucional dos direitos sociais reconhece-se alguma aproximação dos sistemas brasileiro e português, também se diferenciam em aspectos essenciais, o que não recomenda a “importação” de soluções concebidas em outra cultura e outra realidade jurídico-constitucional.

Sinalou-se, por fim, que o déficit de efetividade dos direitos sociais no Brasil reclama a construção de soluções próprias e de uma defesa reforçada dos direitos sociais por todos os setores da sociedade, inclusive em sede de jurisdição constitucional.

A amplitude dos problemas teóricos e práticos acerca do tema de estudo levou a que, no curso deste trabalho, tenham-se perpassado várias questões complexas e fascinantes, sobre os quais a doutrina tem se tem debruçado em alguma medida, dentre os quais os temas do fundamento dos direitos sociais, da sindicabilidade dos direitos sociais, dos limites da atuação judicial, do futuro do Estado Social. Mas um tópico em especial destacou-se pela ainda esparsa literatura a respeito, tanto no Brasil quanto em Portugal, qual seja, o complexo tema da vinculação horizontal e/ou transversal dos particulares aos direitos econômicos, sociais e culturais, a qual se entende está a merecer melhor desenvolvimento, o que, contudo, escapa dos limites desta pesquisa.

De todo o caminho traçado, espera-se que o presente trabalho possa contribuir para a reflexão sobre a difícil questão das melhores formas de proteção dos direitos sociais em tempos de crise, em articulação entre as diferentes instâncias da sociedade, em permanente diálogo democrático, para alcançar a construção de uma sociedade com menos desigualdade, comprometida com a promoção da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Tradução Flávia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2005.

AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François. La justiciabilité des droits sociaux et de la Charte Sociale Européenne n'est pas une utopie. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*. Bruxelles: Bruylant, 2013, pp. 475-503, p. 476-477, p. 2-4. Disponível em <https://www.iea-nantes.fr/rtefiles/File/contribution-jfak-pt.pdf>. Acesso em 12. Set. 2016.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa: a construção dogmática*. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. A sustentabilidade do Estado Social: Direitos fundamentais sociais, democracia e cooperativismo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco (Org.). *Grandes Eventos do IDP: Direito Constitucional II*. Brasília: IDP, 2017. p. 65-74. Disponível em <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1271-direito-constitucional-ii-grandes-eventos-idp-1/file>. Acesso em 10. out. 2017.

ALEXANDRINO, José de Melo. Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 49-68.

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 4, n. 11, p. 13-38, abr./jun. 2010.

ALEXANDRINO, José Melo. O impacto jurídico da jurisprudência da crise. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. A. 11, p. 159-165, 2014.

ALEXANDRINO, José Melo. Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição brasileira de 1988. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Os-Direitos-Fundamentais-na-CRP-de-1976-zonas-de-diferenca-no-confronto-com-a-Constituicao-Federal-Brasileira-de-1988.pdf>. Acesso em 26.06.2016.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 22, nº 66, p. 13-64, sep./dic., 2002. Disponível em: <http://epp.di.unito.it/index.php/epp/article/viewFile/85/68>. Acesso em 21 nov. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 79-99.

AMORIM, Jorge Eduardo. A indústria 4.0 e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral da segurança social. *Cadernos de Direito Actual*. n. 5 (2017), pp. 243-254.

AMORIM, Jorge Eduardo. *A contribuição para a segurança social a cargo da entidade empregadora e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral dos trabalhadores por conta de outrem*. Dissertação (Mestrado em Direito. Área de especialização em ciências jurídico-econômicas). Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Porto. 2017.

AMUCHÁSTEGUI, Jesús González. El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. In *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, p. 929-943, 1994.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Tradução Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980.

ANDOLINA, Italo Augusto. Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 183, p. 224-238, maio 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 271-297.

ANXO, Dominique; BOSCH, Gerhard; RUBERY, Jill (Eds.). *The Welfare State and life transitions: A european perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 112, abr-jun 2001, pp. 253-270.

BANTING, Keith. G. The multicultural Welfare State: International experience and north-american narratives. *Social Policy and Administration*, 39 (2), p. 98-115, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARRY, Brian. Chance, Choice and Justice. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip (Eds.). *Contemporary Political Philosophy*. 2nd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006, p. 229-237.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco José. ¿Son lós derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In MANRIQUE, Ricardo (Ed.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 103-160.

BASTOS, Isis Boll A; QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira. Uma breve análise sobre a inserção da mediação no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). *Interfaces Acadêmica*, Concórdia, v. 10, n. 1, p. 99-110, 2015.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução Renato Aguiar. Revisão Inês Dias. Lisboa: Relógio D'Água, 2016.

BAYNAST, Olivier de; RANCÉ, Pierre. *L'Europe judiciaire: enjeux et perspectives*. Paris: Dalloz, 2001.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Ma. Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2013. E-book.

BECK, Ulrich. *A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder*. Tradução Kristina Michahelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015. E-Book.

BERCOVICI, Gilberto. *O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo*. *Pensar*. v. 1, p. 95-99, Fortaleza, fev. 2006.

BERCOVICI. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n.º 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de processo*, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, Francisco Fernández (org). *The spanish Constitution in the european constitutional context*. Madrid: Dykinson, 2003, 1515-1535.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 299-338.

BILCHITZ, David. Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine. *I-COM*, vol. 12, n. 3, p. 710-739, 2014.

BILCHITZ, David. Are socio-economic rights a form of political rights? *South African Journal on Human Rights*. 31, p. 86-111, 2015.

BLAS LÓPEZ, María Esther. Les droits sociaux en Espagne. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 63, n. 2, p. 275-293, 2011.

BLAS LÓPEZ, María Esther. Social rights in Spain. *EUI*, Florence, Law, p. 1-12, 2010/07.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Luis Requejo Pages e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trota, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, RJ, v. 12, n. 12, p. 13-42, jul./dez. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. v. 20, n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 29-56, 2000. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=361&IDA=25513>. Acesso em 20 nov. 2015.

BOROWSKI, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. A história faz a Constituição ou a Constituição faz a

história? Reflexões sobre a história constitucional portuguesa. *RIDB*, 2 (1), p. 229-247, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. A intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias: quid novum? *Direito*, n.º 143, I, 2011, Almedina, Coimbra, p. 33-55, 2011.

BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos Direitos Fundamentais - Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. Direitos Sociais em contexto de austeridade: Um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? *ROA*, Vol. I/II, p. 259-294, 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. Haja uma nova jurisdição constitucional – pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional. *ROA*, I-II, p. 591-624, 2011.

BOTELHO, Catarina Santos. Lost in translations – A crescente importância do Direito Constitucional Comparado. In: DUARTE, Rui Pinto et al. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. vol. I, Almedina, Coimbra, p. 49-101, 2011.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise - ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social. *ROA*, a. 75, n. 1 e 2, p. 259-293, 2015.

BRAVO, Álvaro Sánchez. El derecho a la vivienda y la crisis en España: de burbujas inmobiliarias y desahucios. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

BRIGGS, Asa. The Welfare State in historical perspective. *European Journal of sociology* 2(2), p. 221-258, 1961.

BRITO, Wladimir. Que direitos sociais? Um standard minimum lusófono de direitos sociais? In BRITO, Wladimir et al. *Estatuto jurídico da lusofonia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUFFA, Francesco. *I diritti sociali in Europa*. Vicalvi: Key, 2016. E-Book.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 175-186.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do Direito*. São Paulo: Elsevier Editora, 2009.

CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal. *Nomos*. Vol. 33, n.2, p.171-206, 2013.

CALIENDO, Paulo. A extrafiscalidade como instrumento de implementação dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Revista jurídica do CESUCA*, [S.l.]. v. 2, n. 4, p. 61-86, jan. 2015.

CAMARGO, Maria Auxiliadora de Castro. A elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a influência recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 1, n. 12, p. 7257-7317, 2012.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Ano 23, n. 69, p. 139-180, set-dez 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Bypass social e o núcleo essencial das prestações sociais. in \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 256-268.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33-35.

CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40 dez./2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 35-68.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e*

*direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 341-359.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ativismo judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47-48.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da 'constituição social'). In *Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em:

[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm) Acesso em 15 nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Principios y 'nuevos constitucionalismos' – El problema de los nuevos principios. Tradução Mariana Rodrigues Canotilho. *ReDCE*, 7 (14), p. 321-364, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios Constitucionales*, ano 6, n. 2, p. 43-71, 2008.

CARBONELL, Miguel. Los derechos sociales: Elementos para una lectura en clave normativa. In: DE LOS MONTEROS, Javier Espinoza; ORDOÑEZ, Jorge (Org.). *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*. Valença: Tirant to blanch, 2013, p. 199-231.

CARMONA CUENCA, Encarnación. El derecho a um mínimo vital com especial referencia a la Constitution Española de 1978. *Estudios Internacionales*. n. 172, p. 61-85, mai./ago. 2012.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: Segredos da constituinte*. Rio de Janeiro: Record, 2017. E-Book.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Derechos sociales. *CDP. Cuadernos de Derecho Público* nº 37, p. 11-35, mai./ago. 2009.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASTLES, Francis G. *The future of the Welfare State: Crisis myths and crisis realities*. New York: Oxford University Press, 2004.

CAUPERS, João. A agonia do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Porto, ano 7, p. 45-49, 2010.

CELESTINE, Emmanuelle. *Les incidences de la question préjudicielle de constitutionnalité sur les droits sociaux constitutionnels*. Paper. VIIème Congrès français de droit constitutionnel, 2008. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/CelestineTXT.pdf>. Acesso em 20 out. 2017.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Forum, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, São Paulo, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation. *Int J Constitutional Law*, v. 10, n. 3, p. 660-686, 2012.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. *Conhecimentos tradicionais: direito à proteção e proteção aos direitos*. (2017). Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre. 2017.

Council of Europe: Commissioner for Human Rights. *Safeguarding human rights in times of economic crisis*. January 2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806daa3f>. Acesso em 12. jan. 2018.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de los derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3-52.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-165.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão. *Direito & Política*. N.1. out./dez. 2012, p. 74-81.

CRUET, Juan. *A vida do direito a e inutilidade das leis*. Lisboa, Bertrand, 1908. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 10 ago. 2017.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Sustentabilidade fiscal sob a ótica da solidariedade e os direitos sociais em xeque. *RIDB*. Ano 2 (2013). n. 3, 1911-1967.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIS, Dennis. Socio-economic rights in South Africa: the record of the Constitutional Court after 10 years. *New Zealand Journal of Public and International Law*. vol. 2, n. 1, p. 47-66, Jun. 2004. Disponível em: <https://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issues/volume-21,-june-2004/davis.pdf>. Acesso em 10 out. 2017.

DANTAS, Miguel Calmon. Sustentabilidade não é austeridade: constitucionalismo em tempos de crise. In: DANTAS, Miguel Calmon; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro; MODESTO, Paulo; MOTA, Raquel Gonçalves. *Estado social, Constituição e pobreza*. Estudos de Doutoramento I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Paris: Seuil, 2013.

DICK, Howard A .E. Les droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain. *Revue française de science politique*, 40<sup>e</sup> année, n. 2, p. 173-191, 1990.

DOWELL-JONES, Mary. The sovereign bond markets and socio-economic rights. In: RIEDEL, Eibe; GIACCA, Gilles; GOLAY, Christophe. (Ed.) *Economic, social and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*. Oxford: Oxford, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 8. ed. London: Duckworth, 1996.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153-167.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. Comparative welfare regimes reexamined. In \_\_\_\_\_. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 73-

93.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University, 1993.

ESTEVEES, Ana Maria; FRANKS, Daniel; VANCLAY, Frank Vanclay. Social impact assessment: the state of the art. *Impact Assessment and Project Appraisal*, 30(1), p. 34-42, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14615517.2012.660356>. Acesso em 21. jan. 2018.

FABRE, Cécile. Constitutionalising Social Rights. *The Journal of Political Philosophy*. Volume 6, Number 3, p. 263-284, 1998.

FABRE, Cécile. *Social rights under the Constitution: Government and the decent life*. New York: Oxford, 2004.

FABRE, Cécile. *Justice in a changing world*. Cambridge: Polity, 2007. E-Book.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDES, Ana Elizabete Simões da Mota. *Cultura da crise e seguridade social: um estudo sobre as tendências da previdência e assistência social brasileira nos anos 80 e 90*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos. *Revista de Derecho Público*, n. 6, p. 13-45, jun. 1996.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant to Blanch, 2010.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. La reforma constitucional española de 2011: el principio de estabilidad presupuestaria y el fin del Estado Social. In: A. Noguera; A. Guamán (Dir.). *Lecciones de Estado social y derechos sociales*. València: Tirant lo Blanch, 2014, p. 217-237.

FERNANDEZ, Itziar Gómez. Derechos sociales y política anticrisis em España. Pp. 271-306. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David. (Org.). *A Constituição à prova da crise financeira internacional: textos das V Jornadas italo-hispano-brasileiras de Direito Constitucional Lecce-Italia*, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. Tradução Daniela Cademartori e Sergio Cademartori. In: \_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Poa: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, J. O Cardona. Sistemas de justiça e mediação. *Themis*. Ano VI. N. 11. P. 189-199, 2005.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *R. Inf. Legislativa*. Brasília, ano 27, n. 108, p. 33-48, out./dez. 1990.

FISS, Owen. Against Settlement. *Faculty Scholarship Series*. 1215. 1984. Disponível na internet: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215). Acesso em 28. jan. 2018.

FLICKINGER, Hans-Georg. A trajetória das políticas sociais na Alemanha. In \_\_\_\_\_ (org.). *Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 48 e ss.

FRANKENBERG, Gunter. *Why care? The trouble with social rights*. Disponível em <http://scienzaepolitica.unibo.it/article/view/2934>. Acesso em 12 ago. 2016.

FRASER, Nancy; GORDON, Linda. Contract versus charity: Why is there no social citizenship in the United States. In: SHAFIR, Gershon (Ed.) *The Citizenship Debates: A reader*. Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 1988. p. 113-127.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. *O direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Ano 2, n. 8, p. 13-35, Curitiba, 2001.

FREITAS, Juarez. O tributo e o desenvolvimento sustentável. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*. Vol. 21. n. 3. p. 825-845. Set.-dez. 2016.

FREITAS, Juarez. Eficácia direta e imediata do princípio constitucional da sustentabilidade. *Revista do Direito da UNISC*. Santa Cruz do Sul, v.1, n. 45, p. 89-103, jan. – abr. 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 2003.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAMBINO, Silvio. Costituzionalismo, diritti sociali e crisi economica (nella prospettiva nazionale ed europea). *Revista de Direito Constitucional Internacional*. Ano 22. Vol. 87. P. 311-344. Abr.-jun. 2014.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Tradução Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio: Revan, 2001.

GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española. *Revista de Derecho Político*, n. 58-59, p. 277-304. ene. 2003. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8898/8491>. Acesso em: 17 jan. 2018.

GARCÍA MORALES, Aniza Fernanda. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. MADRID: Alianza, 1982.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales*, año XXV, nº 48, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, p. 169-172, primer semestre de 2015.

GARGARELLA, Roberto. Latin american constitutionalism: Social rights and the “engine room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, p. 9-18, 2014.

GEARTY, Conor. Against judicial enforcement. In: GEARTY, Conor; MANTOUVALOU, Virginia. *Debating Social Rights*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011. p. 1-84.

GIMÉNEZ, Luis María Díez-Picazo; PONTTHOREAU, Marie-Claire. The constitutional protection of social rights – Some comparative remarks. *Instituto Universitário Europeu*, Florença, 1991.

GIUBBONI, Stefano. *Diritti e solidarietà in Europa: i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*. Bologna: Il Mulino, 2012.

GOMES, Ana Heredero. La sécurité sociale comme droit de l'homme: la protection offerte par la Convention européenne des Droits de l'Homme. *Dossiers sur les droits de l'homme n. 23*. Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2007. Disponível em [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-23\(2007\).pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-23(2007).pdf). Acesso em 10 nov. 2015.

GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes. *Scientia Juridica*. Braga, tomo LVII, n. 315, jul-set 2008, p. 409-426.

GÓMEZ, M.<sup>a</sup> Isabel Garrido. *Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho*. Madrid: Dilex, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

GUASTINI, Riccardo. Algunos aspectos de la metateoria de principia júris. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 31 ISSN: 0214-8676 p. 253-260, 2008.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-103.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, n° 18, p. 103-114, set. 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.

HABERMAS, Jürgen. A crise do Estado do Bem-Estar social e o esgotamento das energias utópicas. In: \_\_\_\_\_. *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 15, n. 59, p. 63-91. Belo Horizonte, jan./mar. 2015.

HACHEZ, Isabelle. Le Comité européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque: des décisions osées mais inégalement motivées. *Revue de Droit Social*, v. 2014, p. 249 a 279, n. 3.

HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luis Tobío. 6. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

HENDGES, Carla Evelise Justino. Cooperação jurídica internacional no projeto de novo Código de Processo Civil: um passo rumo à cosmopolitização da justiça? *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 63, dez. 2014. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/Carla\\_Hendges.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/Carla_Hendges.html).

HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Tradução Mónica C. Padró. Colombia: Universidad Externado, 2008. E-book.

HERRERA, Carlos Miguel. *Les droits sociaux*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

HERSHKOFF, Helen; LOFFREDDO, Stephen. Tough times and weak review: the 2008 economic meltdown and enforcement of socio-economic rights in US state courts. In NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do 'modelo jurídico': Crise, Direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 21-120.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1999.

HIMANEN, Pekka. Crise, identidade e Estado de bem-estar social. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (Org.) *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Tradução Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Tulia Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

JEULAND, Emmanuel. L'espace judiciaire européen: un ordre juridique interétatique? *Revista de Processo*, a. 35, n. 184, p. 141-153, jun. 2010.

KATROGAULOS, George; O'CONNELL, Paul. Fundamental social rights. In: TUSHNET, Mark; FLEINER, Thomas; SAUNDERS, Cheryl. (Eds.) *Routledge Handbook of Constitutional Law*. p. 375-385. Oxford: Routledge, 2012.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle), Trad. Ch. Eisenmann. *Revue du droit public*, p. 197-257, 1928.

KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 237-298.

KERTENETZKY, Celia Lessa. *El Estado de bienestar social en la edad de la razón. La reinención del Estado social en el mundo contemporáneo*. Tradução Mariano Sánchez Ventura. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. E-Book.

KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KING, Jeff. Social rights, constitutionalism, and the german social state principle. *e-Pública* [online]. 2014, vol. 1, n. 3, p. 19-40. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S2183-184X2014000300003](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2014000300003).

KING, Jeff. Two ironies about american exceptionalism over social rights. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, Issue 3, 1 July 2014, p. 572–602. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mou049>. Acesso em 20. nov. 2017.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KYMLICKA, Will; BANTING, Keith (Eds.). *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and redistribution in contemporary democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LACABARATS, Alain. L'influence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le droit social. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 45, n. 4, p. 51-61, 2014.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana em el derecho comparado*. Tradução de María José Viana Cleves. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2015. E-book.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal* 53, p. 190-247, 2012.

LANDAU, David. The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures. In NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

LEAL, Gabriel Prado. Direitos humanos sociais e jurisprudência de crise: um estudo a partir do caso: ‘Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal’. *Revista da AGU*. Brasília, v. 15, n.2, p. 93-126, abr/jun 2016.

LEAL, Monia Clarissa Hennig. Jurisdicción constitucional, judicialización y activismo judicial desde la perspectiva del supremo tribunal federal brasileño. BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig;

HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil*. 7.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. E-book.

LEÃO, Anabela Costa. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Protegendo os direitos a um nível multidimensional. *RFDUP*, 3, p. 41-76, 2006.

LEFEBVRE, Matthiew; PESTIEAU, Pierre. *L'État-providence*. Défense et illustration. Paris: PUF, 2017. E-book.

LEITÃO, Luís Menezes. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, IV, Lisboa, Outubro-Dezembro, 2012, p. 1777.

LEVI, Isaac. Liberty and welfare. In: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Eds.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 239-250.

LIEBENBERG, Sandra. Needs, rights and transformations: adjudicating social rights. *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper* no. 8, 2005.

LIMA, Roberto Kant de. Prefácio à edição brasileira. GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Tradução Regina Vasconcelos. Rio: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Vinicius de Melo. *Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: Direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. Rostos e (des)gostos da(s) Europa(s): dom, fraternidade e pobreza(s). *RUA-L. Revista da Universidade de Aveiro* n.º 1 (II. série), 2012, p. 181-232.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. O princípio do estado social na jurisprudência do tribunal constitucional alemão. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 1-14.

MAC CRORIE, Benedita. Os direitos sociais em crise? In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa Calvão (Coord.). *A crise e o Direito Público*. Lisboa: ICJP (Instituto de Ciências Jurídico-Políticas), 2013, p. 33-46. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a)

.pdf. Acesso em 12. set. 2016.

MAGALHÃES, Andrea. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTÍN, Nuria Belloso; CAMPUZANO, Afonso de Julios. Presentación. In MARTÍN, Nuria Belloso; CAMPUZANO, Afonso de Julios. (org.). *Hacia un paradigma cosmopolita del derecho: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*. Madrid: Dykinson, 2008.

MASSON, André. *Des liens et de transferts entre générations*. Paris: EHESS, 2009.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and the Supreme Court of Argentine in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

MEDEIROS, Rui. *Constitucionalismo de matriz lusófona, realidade e projeto*. Lisboa: Verbo, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Social*, v. 2, n. 7, p. 137-162, jul./set. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed., 3. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: interface Brasil/Portugal*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

MICHELMAN, Frank I. Socioeconomic rights in constitutional law: Explaining America away. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, Issue 3-4, p. 663-686, Jul. 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MIRANDA, Jorge. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge et al. *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel Gomes da Silva*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 561-572.

MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. *RDL – ESMARN* – v. 14, n. 1, p. 11-46, jan./jun. 2012.

MIRANDA, Jorge. A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro (199): p. 01-20, jan./mar. 1995.

MIRANDA, Jorge. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. *O constitucionalismo luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 47, n.º 188, p. 23-36, out. dez/2010.

MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. Conferência. Belo Horizonte: XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. p. 1-18 Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2015.

MIRANDA, Jorge. Regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais. In: MIRANDA, Jorge. *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao professor João Lumbrales*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 345-361.

MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo. Grandes decisões do Tribunal Constitucional português. *Jurisprudencia Constitucional*. Coimbra, Coimbra, n. 14, p. 3-37, abr./jun. 2007.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Introdução Geral. *Constituição da República Portuguesa*. 5. ed. Estoril: Principia.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio da (Orgs.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Sociedade da informação e direitos sociais*. Breves reflexões, algumas inquietudes. Disponível em: [https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/09\\_carlosalbertomolinaro.pdf](https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/09_carlosalbertomolinaro.pdf).

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, solidariedade e sustentabilidade: Esboços de um retrato jurisprudencial. In SILVA, Suzana Tavares da. (Ed.). *A economia social e civil*: Estudos. Coimbra: Instituto Jurídico. 2015, p. 61-104.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional*. Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.



MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORALES, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

MOREIRA, Isabel. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007.

MORIN, Edgar. *Pour une crisologie*. Paris: de L'Herne, 2016. E-Book.

MOTA, Raquel Gonçalves. Tributação e redução da desigualdade: ainda um caminho possível? In: DANTAS, Miguel Calmon; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro; MODESTO, Paulo; MOTA, Raquel Gonçalves. *Estado social, Constituição e pobreza*. Estudos de Doutorado I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 217-266.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Secretaria Municipal da Cultura. Edição Especial – Outubro 2000

MURPHY, Tim. Reflections on the socio-economic rights debate. In FLÓVENZ, B. G.; BJÖRGVINSSON, D. Þ.; GUÐMUNDSDÓTTIR, G. D.; ARNARDÓTTIR, O. M. (eds), Ragnarsbók. Reykjavík, Mannréttinda-skrifstofa Íslands and Hið íslenska bókmenntafélag, p. 453-484, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2147750>. Acesso em 12. Set. 2016.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 7, p. 51 e ss., 2010.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NABAIS, José Casalta Nabais. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Org.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *RBDP*, v. 1, n. 3, p. 139-174, out./dez. 2003.

NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

NOLAN, Aoife. Holding non-state actors to account for constitutional economic and social rights violations: Experiences and lessons from South Africa and Ireland. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, Issue 1, p. 61-93, Jan. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot066>.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*. Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.

NUNES, A. J. Avelãs. *A Constituição europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra, 2007.

NUNES, A. J. Avelãs. Neoliberalismo, capitalismo e democracia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Volume 7, p. 10-48, 2005.

NUSSBAUM, Martha C. Human Functioning and Social Justice: in Defense of Aristotelian Essentialism. *Political Theory*, v. 20, n. 2, p. 202-246, May 1992.

O'BRIEN, Nick. Social rights and civil society: 'Giving force' without 'enforcement'. *Journal of Social Welfare and Family Law*. n. 34, p. 459-470, 2013.

O'CONNOR, Colm. Austerity and the faded dream of a 'social Europe'. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

OTERO, Paulo. A Crise: Um novo Direito Administrativo? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Coord.). *A crise e o direito*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 201-213.

OTTONE, Ernesto. Uma crise não global? Desafiar a crise na América Latina. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo; CARAÇA, João. (org.) *A crise e seus efeitos: as culturas econômicas da mudança*. Tradução Alexandra Figueiredo, Liliana Pacheco e Tulia Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. E-book.

PAREJO ALFONSO, Luciano. El Estado Social administrativo: algunas reflexiones sobre la 'crisis' de las prestaciones y los servicios publicos. *Revista de Administracion Publica*, n. 153, set./dec. 200, p. 217-249.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Leciones de Derecho Administrativo*. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, v. 6, p. 15-34, Feb. 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho. In: MUGURZA, Javier (et al.). *El fundamento de los derechos humanos*. Debate: Madrid, 1989, p. 265-277.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, p. 495-511, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N. 10, p. 203-217, septiembre-diciembre 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales. In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

PEREZ PEREZ, Gabriel. La problemática de los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Cuest. Const.*, México, n. 18, p. 169-199, jun. 2008.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca. 2015.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PILLAY, Anashri; WESSON, Murray. Recession, recovery and service delivery: Political and judicial responses to the financial and economic crisis in South Africa. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014, p. 335-365.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise. Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 1, p. 168-189, jan./jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-69.

PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 15, p. 81-107, out. 2001.

PISARELLO, Gerardo. El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática. *Revista Derecho del Estado*, n. 28, p. 55-75, enero-junio, 2012.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor*. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. E-Book. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/publicaciones-de-la-corte-constitucional/product/view/2/22.html>

POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David. (Org.). *A Constituição à prova da crise financeira internacional: textos das V Jornadas italo-hispano-brasileiras de Direito Constitucional Lecce-Italia*, Universidade de Salento. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

POULANTZAS, Nico. As transformações atuais do Estado, a crise política e a crise do Estado. In: POULANTZAS, Nico. (Dir.). *O estado em crise*. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

POULLAIN, Bernard. Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois. *Pouvoirs*, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n. 30, 30, L'Ecole, p. 121-136. Disponível na internet: <http://www.revue-pouvoirs.fr/Remarques-sur-le-modele-francais.html> Acesso em 01 out. 2014.

POURHIET, Anne-Marie Le. Le statut, le contenu et l'effectivité des droits culturels et sociaux des plus défavorisés en France. In VERDUSSEN, Marc. (Org.). *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*. Bruxelles: Bruyant, 2009, p. 119-133.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMALHO, Maria do Rosario Palma. O tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia. Algumas notas. In: QUADROS, Fausto de (coord.). *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 57-70.

RANTANEN, Terhi. No nacionalismo nós confiamos? In BRAVO, Álvaro Sánchez; COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Monia Clarissa Hennig; HERMANY, Ricardo (Org.). *Derechos sociales en tiempos de crisis*. Sevilla: Punto Rojo, 2013. E-Book.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZZANO, Giovana. Lo statuto costituzionale dei diritti sociale. *Gruppo di Pisa*, agosto 2012, p. 1-82.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: el derecho a la vivienda. *NPP*, 2, 2006, pp. 75-85.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o "princípio da liberdade" na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROBERTSON, Robert E. Measuring State compliance with the obligation to devote the 'maximum available resources' to realizing economic, social and cultural rights. *Human Rights Quarterly*. v. 16, n. 4, p. 693-714, 1994, p. 693-694.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista de Direito Administrativo*, p. 15-24, set./dez. 2009.

ROMAN, Diane. L'opposabilité des droits sociaux. *Informations sociales* 4/2013, n. 178, p. 33-42, 2013. Disponível na internet: [www.cairn.info/revue-informations-sociales-2013-4-page-33.htm](http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2013-4-page-33.htm). Acesso em 25 nov. 2015.

ROMAN, Diane. L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*. n. 7, p. 117-132, 2009.

ROMAN, Diane. La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe: vers une jurisprudence de crise? *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 45, p. 63-75, 2014/4. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel-2014-4-page-63.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-providence*. 3. ed. Paris: Seuil, 1992.

ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l'Etat-providence*. Paris: Seuil, 1995.

ROSENFELD, Michel. Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4, 2004, p. 117-152.

RUARO, Regina Linden. Seguridade social: Reforma previdenciária brasileira sob a égide do novo liberalismo. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek; GIORGIS, José Carlos Teixeira. (Org.) *Lições de Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Otávio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 55-70.

RUARO, Regina Linden. Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais. Os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 10, p. 9-38, 2015.

RUARO, Regina Linden; MOLINARO, Carlos Alberto. Acoplamento entre internet e sociedade. *Revista da AGU*, v. 40, p. 37-58, 2014.

RUARO, Regina Linden; MOLINARO, Carlos Alberto. Conflito real ou aparente de interesses entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o livre mercado. In: RUARO, Regina Linden; MAÑAS, José Luis Piñar; MOLINARO, Carlos Alberto. (Orgs.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. Porto Alegre: Fi, 2017. E-Book.

RUGGERI, Antonio. Crisi economica e crisi della Costituzione. In: POMPEU, Gina; CARDUCCI, Michelle; ARAÚJO, Luiz Alberto David. (Org.). *A Constituição à prova da crise financeira internacional: textos das V Jornadas italo-hispano-brasileiras de Direito Constitucional Lecce-Italia*, Universidade de Salento. p. 355-378. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em tempos de crise*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A 'mentalidade alargada' da justiça (Têmis) para compreender a transnacionalização do Direito (Marco Polo) no esforço de construir o cosmopolitismo (Barão nas árvores). *BFD - Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 83, v. LXXXIII, p. 347-382, Out. 2008.

SÀNCHEZ, Jordi. El estado de bienestar. In BADIA, Miguel Caminal. *Manual de ciência política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 236-260.

SANTOS, António Carlos dos. Vida, morte e ressurreição do Estado Social? *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano VI, Número 1: 35-65.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciência Sociais*, n. 48, jun. 1997. Disponível na Internet: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF) Acesso em 29 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 3, n. 7, p. 89-95, abr./jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de

crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 121-168, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan./mar. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos. In LINERA, Miguel A. Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. (Eds.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n.2, jul. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43813>. Acesso em 20 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf). Acesso em 30 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.

SARLET, Ingo Wolfgang. Titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisadas à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 4, n. 10, p. 205-228, jan./mar. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais a prestações em tempos de crise. *EJLL – Espaço Jurídico: Journal of Law*. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 271-284, jul./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez. 2007.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: ARRUDA, Paula (Coord.). *Direitos Humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 533-586.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 133-152.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMIT, Carl. *Il custode della Costituzione*. Trad. Antonio Caracciolo. Milão: Giuffrè, 1981.

SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Penguin, 2016. E-book.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado democrático de direito*. São Paulo: LTR, 2013.

SCIARRRA, Silvana. La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law. *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 24/2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Record, 2001.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. Alternatives to austerity: a human rights framework for economy recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). *Economic and social rights after the global financial crisis*. Cambridge: Cambridge University, 2014. E-Book.

SICILIANOS, Linos-Alexandre. The European Court of Human Rights at a time of crisis in Europe. (2016) 2 *European Human Rights Law Review*, p. 121-135.

SILVA, Elizabet Leal da. *Emancipação do trabalhador e dignidade no trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 2011.

SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado Social*. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Suzana Tavares da (Ed.). *A economia social e civil*. Estudos. Vol. 1, Imprensa da Universidade de Coimbra, jul. 2017.



SILVA, Suzana Tavares da. *Os direitos fundamentais na arena global*. 2 ed. Coimbra: Imprensa Universidade de Coimbra, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em estado de emergência econômico-financeira. *Colóquios*, n. 5, IPET, Coimbra, Almedina, p. 31-60, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed, 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alii (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 605-618.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. 2003 44 *Harvard International Law Review* 191, v. 44, n. 1, 2003, p. 191-220.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review* 99 (1994). Disponível em <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>. Acesso em 01 out. 2016.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. *Virginia Journal of International Law* 1103 (2000). Disponível em <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf>. Acesso em 01 out 2016.

SODRÉ, Jorge Irajá Louro. Direitos sociais e políticas públicas: A dificuldade de efetivação. *Revista de Direito*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 235-254, fev. 2016. Disponível em: <http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/210/48>. Acesso em: 03 out. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SPADARO, Antonino. I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello social europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile). *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Abr. 2011. Disponível em <http://www.rivistaaic.it/>. Acesso em 25. Jan. 2018.

STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 113-130.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169-213.

SUNSTEIN, Cass R. *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 36 (2003).

SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *John M. Olin Program in Law and Economics*. Working Paper n. 124, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution – And why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2006.

SUPIOT, Alain. *Grandeur et misère de l'État social*. Paris: Fayard/College de France, 2013, 62 p. Disponível em: <http://books.openedition.org/cdf/2249>.

TAMER, Sergio Victor. *Legitimidad judicial en la garantía de los derechos sociales*. Especial referencia a la ejecución penal en el Estado del Maranhão, Brasil. Salamanca: Ratio Legis, 2013.

TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Trad. Luiz Doria Furquim. Porto Alegre: Fabris, 2012.

TRAVINCAS, Amanda Costa Thome. *Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição brasileira: estrutura, fundamentos e metodologias de controle*. (2010). Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre. 2010.

TUSHNET, Mark. Social Welfare rights and forms of judicial review. *Texas Law Review*, v. 82, n. 7, p. 1895-1919, 2004.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

UNITED NATIONS. Resolution 70/1 General Assembly. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Disponível em: <http://undocs.org/A/RES/70/1>. Acesso em 30. Jan. 2018.

UNITED NATIONS. Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. UN doc. E/CN.4/1987/17, Annex; and Human Rights Quarterly, Vol. 9 (1987), pp. 122–135]. Disponível em: <https://www.escri-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural>. Acesso em: 22. set. 2017.

URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a crise: Ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 11-48.

URBANO, Maria Benedita. Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena e

CALVÃO, Filipa (org.). *A crise e o Direito Público*. Lisboa: ICJP, 2013, p. 7-31. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf). Acesso em 12. set. 2016.

VAN BUEREN, Geraldine. Socio-economic rights and a Bill of Rights - an overlooked British tradition. *Public Law* (October) 821-837.

VAN BUEREN, Geraldine. *A social contract for the twenty-first century: Socio-economic rights and wealthier democracies*. Oxford: Centre for Socio-Legal Studies, 2008, p. 1-7.

VAN PARIJS, Philippe. Au-delà de la solidarité, les fondements éthiques de l'Etat-Providence et de son dépassement. *Futuribles* 184, p. 5-29, 1994.

VAZ, Manuel Afonso. O enquadramento jurídico-constitucional dos “direitos econômicos, sociais e culturais”. *Juris et de Jure* - nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP Porto, p. 435-451, 1998.

VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2. ed. Porto: Universidade Católica, 2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Paradoxos e utopias do Estado de bem-estar social: interface luso-brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: interface Brasil/Portugal*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.

VEGA GARCIA, Pedro de. El problema de los derechos fundamentales en el Estado Social. *Anuário Jurídico de La Rioja*, n. 3, p. 365-386, 1997.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. *A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1984.

WAY, Sally-Anne. LUSIANI, Nicholas; SAIZ, Ignacio. Economic and social rights in the “Great Recession” towards a human rights-centred economy policy in times of crisis. In: RIEDEL, Eibe; GIACCA, Gilles; GOLAY, Christophe. (Ed.) *Economic, social and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*. Oxford: Oxford, 2014.

WEBER, Albrecht. Les droits sociaux constitutionnels em République Fédérale d'Allemagne. In: GAY, Laurence; MAZUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLUCHE, Dominique. (Org.). *Les droits sociaux fondamentaux*. Entre droits nationaux et droit européen. Bruxelles: Bruylant, 2006.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion*, v. 127, p.

197-210, Jun./2013.

WEBER, Thadeu. Justiça e poder discricionário. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, ano 2, n. 2., p. 213/242, jan/mar 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. Antecedentes históricos dos direitos sociais no Brasil. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 189-200.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e fundamentações. *Direito em Debate*, Ano X, n. 16-17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

YOUNG, Katharine. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University, 2012. E-Book.

YOUNG, Katharine. A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, november 4, 2010. Disponível na internet: <https://ssrn.com/abstract=1702807>. Acesso em 21. ago. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 5. ed. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*. Napoli: Edditoriale Scientifica, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Tradução Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)