

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“Luís de Camões”

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Autor: Ana Paula Frota de Melo

Novembro de 2019

A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

ANA PAULA FROTA DE MELO

Trabalho de dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade Ciências Jurídicas, pela Universidade Autónoma de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires.

Novembro de 2019

Dedicatória

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ter me conduzido até aqui com o seu amor de Pai. Dedico também aos meus pais, que com todo amor do mundo apoiaram-me incondicionalmente e sonharam esse sonho junto comigo, e principalmente, cuidaram de mim quando sucumbi enferma em razão de tanto stress laboral. A minha mãe que na sua missão de administrar um lar isentou-me desse ofício para que eu pudesse nas horas vagas dedicar-me aos estudos. Ao meu pai que é o meu melhor amigo e maior incentivador, que não me deixou desistir quando o mundo parecia desmoronar na minha cabeça, que me patrocinou quando a dificuldade financeira sobreveio e que sempre acreditou que eu seria capaz até mesmo quando achei que não conseguiria. Ao meu irmão, que do seu modo reservado, preocupava-se a cada viagem que eu fazia e intimamente torcia para que eu conseguisse realizar esse sonho. A minha irmã, que me ouviu atenciosamente a cada crise de insegurança e desespero, que me aconselhou e me acalentou nos momentos mais delicados. Aos meus amigos, faço a dedicatória na pessoa do meu amigo Paulo Maciel, o qual não mediu esforços para me ajudar, no âmbito corporativo, na realização desse sonho. Aos meus sobrinhos, Samuel e Sara, por serem fonte inesgotável de incentivo e inspiração para que eu alcance os meus objetivos.

Agradecimentos

Agradeço a Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, na pessoa do Diretor do Curso de Mestrado e professor Dr. Pedro Trovão do Rosário, pelos ensinamentos e manifestações de apoio e encorajamento à pesquisa científica. Ao meu orientador Dr. Alex Sander Xavier Pires, não só porque aceitou o desafio de orientar-me na elaboração desse trabalho, mas também porque respondia os meus e-mails de dúvidas rapidamente e colaborou com a revisão crítica do trabalho, orientação, rigor científico, profissionalismo e saber jurídico. Sem sua valorosa contribuição não seria possível alcançar a elaboração deste trabalho. A todos os meus professores pela influência e maestria dos seus conhecimentos, cujas opiniões e ensinamentos marcarão para sempre a minha formação académica e profissional, e principalmente, por compartilharem o saber jurídico e contribuir para minha formação. Aos meus pais e irmãos que estiveram comigo incansavelmente na realização desse sonho. A Deus por ter permitido que tudo isso fosse possível.

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”¹.

Resumo

Este trabalho focaliza a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Seu objetivo é compreender a construção dos direitos fundamentais sociais bem como analisar a sua

¹ BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**. p. 23.

consagração no direito português e brasileiro. Para a realização do trabalho, além da revisão da literatura, apoiou-se no levantamento da legislação. Selecionaram-se julgados e doutrinas e sobre elas a autora se debruçou para estudá-las e verificar sua oportunidade. O trabalho está dividido nos seguintes capítulos: No capítulo 1, aborda-se a questão de como se construiu e consolidou o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais prestacionais; No capítulo 2, examina-se se os Poderes da República estão vinculados a viabilização dos direitos fundamentais sociais prestacionais; No capítulo 3, analisa-se é possível a coexistência da reserva do possível e mínimo existencial na aplicação dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Finalmente, afirma-se conclusivamente que a solidificação dos direitos fundamentais sociais ocorre a partir da Declaração de Direitos do Homem de 1948. Em seguida, foi possível averiguar o papel dos poderes republicanos e o princípio da separação de poderes no âmbito dos deveres fundamentais, uma vez que por meio da compreensão dos aspectos jurídicos que envolvem os direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico português e brasileiro, viu-se que no Brasil o poder judiciário promove direitos sociais enquanto em Portugal os tribunais restringem-se a análise de controle de constitucionalidade desses direitos. Por seu turno, constatou-se que todos os direitos fundamentais demandam custos do Estado, e que por isso o que se deve levar em conta é a análise do caso concreto, para em seguida estabelecer-se o regime jurídico adequado. Ademais, vislumbrou-se que os fatores de fundamentação da teoria da reserva do possível não são observados com cautela na ocasião de importação dessa teoria fora da Alemanha.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais sociais. Separação de poderes. Reserva do possível. Dignidade humana.

Abstract

This paper focuses on the effectiveness of fundamental social rights and its provision. It has as objective to understand the construction of fundamental social rights as well as to analyze

their consecration in Portuguese and Brazilian laws. To carry out this work, in addition to review the literature, this paper was also based on the survey of the legislation. Judgments and doctrines were selected and the author bent to study them and verify their opportunity. The work is divided into the following chapters: In Chapter 1, it covers up the question of how it was constructed and consolidated the recognition of fundamental social rights and its provision. Chapter 2 examines whether the Powers of the Republic are bound to make viable social fundamental rights; Chapter 3, analyzes the coexistence of the reserve of the possible and minimum existential in the application of social fundamental rights and its provision. Finally, it is conclusively stated that the solidification of fundamental social rights comes from the 1948 Declaration of Human Rights. Then, it was possible to investigate the role of the republican powers and the principle of separation of them within the scope of fundamental duties, since by understanding the legal aspects that involve social fundamental rights in the Portuguese and Brazilian legal system, we found that in Brazil the judiciary promotes social rights while in Portugal the courts are restricted to the analysis of constitutionality control of them. In turn, it was found that all the fundamental rights require state costs, and therefore what it should be consider is the analysis of the case, to then set up the appropriate legal regime. Moreover, it was found that the underlying factors of the theory of the reserve of the possible are not observed with caution when importing this theory from outside Germany.

Keywords: Fundamental social rights. Separation of powers. Reservation of the possible. Human dignity.

Sumário

<u>Introdução</u>	8
<u>Capítulo I: A consolidação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.</u>	13
<u>1.1 O Constitucionalismo da Idade Antiga</u>	13

<u>1.2 A Contribuição da Europa para o constitucionalismo</u>	20
<u>1.3 Construção do Constitucionalismo na Idade Moderna</u>	27
<u>1.4 Movimentos Constitucionais do século XX</u>	36
<u>1.5 Leitura Constitucional Contemporânea</u>	39
<u>Capítulo II: A viabilização dos direitos fundamentais sociais por meio dos Poderes da República.</u>	48
<u>2.1 O surgimento dos Poderes Republicanos</u>	48
<u>2.2 Os Poderes Republicanos em Portugal: início e consolidação da Separação dos Poderes em Portugal.</u>	51
<u>2.3 O texto constitucional de 1976.</u>	53
<u>2.3.1 O Princípio da Separação e Interdependência.</u>	53
<u>2.3.2 O Poder Executivo na Constituição de 1976.</u>	56
<u>2.3.3 O Poder Legislativo na Constituição de 1976.</u>	63
<u>2.3.4 O Poder Judiciário na Constituição de 1976.</u>	67
<u>Capítulo 3: A relação dos direitos sociais prestacionais com a reserva do possível e o mínimo existencial.</u>	76
<u>3.1 Análise dos princípios e regras</u>	76
<u>3.2 Os direitos sociais prestacionais e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana</u>	80
<u>3.3 O Princípio da Reserva do Possível na prestação dos direitos sociais prestacionais.</u>	84
<u>3.3.1 Antecedentes Históricos</u>	84

<u>3.3.2 Princípio da Reserva do Possível: do surgimento a aplicabilidade.</u>	86
<u>Conclusão</u>	94
<u>Referências Bibliográficas</u>	97

Introdução

Define-se como direitos sociais, a parcela dos direitos fundamentais que demandam uma prestação pelo Estado. Desse modo, considerando que as necessidades são infinitas e os recursos financeiros do Estado são limitados, efetivar direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas na sociedade contemporânea é sem dúvida questão de divergência política no âmbito dos Estados.

Compreender não só o papel dos poderes republicanos na promoção das políticas públicas de direitos sociais, mas também entender os aspectos jurídicos que envolvem os direitos sociais no ordenamento jurídico português e brasileiro. Por conseguinte, em razão do

contexto de recessão econômica em que o Brasil se encontra e por qual Portugal se recupera, a necessidade de investigar e compreender como outras nações, que também consagram direitos sociais em sua Constituição, passaram por esse momento de crise financeira sem incorrer em retrocesso social é o motivo da presente análise.

Com efeito, a contribuição deste trabalho é tanto averiguar se os direitos fundamentais sociais prestacionais são reconhecidos e assegurados em qualquer momento quanto compreender como se deu a sua consolidação. Além disso, busca-se verificar a relação dos poderes republicanos para a viabilização de direitos sociais e a possibilidade de coexistência do princípio da reserva do possível e mínimo existencial em sede de direitos fundamentais prestacionais.

Este estudo engloba uma abordagem dos direitos sociais prestacionais no âmbito do direito português e brasileiro, bem como a forma como as cortes constitucionais desses Estados solucionam as questões submetidas a sua apreciação.

Outrossim, o desenvolvimento desta investigação compõe-se de fontes documentais, tais como legislações e análises de julgados, bem como de pesquisas bibliográficas gerais e específicas tanto físicos quanto eletrônicas, por meio dos quais foi possível elucidar os problemas propostos no presente trabalho.

Desde logo, é importante registrar que o reconhecimento dos direitos sociais decorre de um longo processo de reivindicação e conquistas de movimentos sociais e políticos. Inclusive a esse respeito, convém destacar a contribuição dos teóricos contratualistas do século XVIII que inspirados nos ideais iluministas cooperaram para o surgimento do estado de direito ao fornecer literatura que despertasse na classe camponesa a reclamação de direitos perante o Estado.

Nesse contexto, na Europa, ocorreu a Revolução Francesa que derivou, dentre suas fases, no documento escrito denominado Declaração Universal dos Direitos do Homem que tendeu a limitar os poderes políticos e propagou para o mundo as ideias contidas nessa declaração. É preciso, porém, anotar que na América, os Estados Unidos já haviam realizado a sua revolução e elaborado a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, em 1776², sem ter

² “A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição

tido, contudo, a universalização do documento francês, o que aconteceu com a Declaração de direitos de 1789.

Além disso, o pensamento iluminista que fundamentou a classe burguesa nas revoluções americana e francesa defendia a intervenção mínima do Estado como forma de alcançar a liberdade econômica, esta que por sua vez incentivava a liberdade de contratar. Nessa esteira, as relações de trabalho passaram a ser realizadas sem a influência do Estado no que resultou na insatisfação da classe operária que em condições desumanas de trabalho passou a lutar por seus direitos.

Embora a Declaração de 1789 constitua a maior representação do avanço do constitucionalismo, é certo que seu objetivo estava em proteger os direitos individuais. Desse modo, o reconhecimento dos direitos sociais decorrerá da união tanto de trabalhadores assalariados quanto de camponeses privados de terras que esmagados pela crise do capitalismo do século XIX passaram a exigir a intervenção do Estado.

A passagem do século XIX para o século XX é marcada pelas reivindicações operárias e recuperação do sistema capitalista depois da primeira grande crise desse modelo econômico. Diante desse paradoxo, a presença do Estado passa ser exigida o que resulta na seara dos direitos fundamentais sociais na criação da Organização Internacional do Trabalho/OIT que numa gestão integrada entre patrão, operário e Estado viabilizou o reconhecimento de direitos sociais, especificamente os direitos trabalhistas. Em tempo, nesse período também merece destaque as constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, as quais foram pioneiras no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais.

Por conseguinte, após as revelações das atrocidades praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, em sede de direitos fundamentais aflora a concepção de um direito supranacional, porém positivo, e em sede de direitos sociais atribui-se ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social tanto por meio da consagração de direitos sociais em Constituições quanto em diversos Pactos Internacionais. Nesse contexto, as Cartas Constitucionais de Portugal e Brasil, de 1976 e 1988, respectivamente, são influenciadas pela

dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 43.

ideia de constitucionalismo material, tendo inclusive a Constituição Portuguesa exercido bastante influência no texto maior brasileiro.

Por seu turno, não é demais lembrar que a previsão constitucional dos direitos sociais demonstra a preocupação do poder constituinte originário em deixar registrado na Constituição a consagração de tais direitos como mecanismo potenciador da efetivação de direitos fundamentais.

Como se sabe, Portugal adota o regime semi-presidencialista enquanto o Brasil é presidencialista. Nessa linha, na atuação dos órgãos de soberania em Portugal, a Assembleia da República competirá como casa legiferante além da elaboração das leis também a organização do orçamento para a viabilização de direitos sociais pelo Poder Executivo, isto é, pelo Governo. Além disso, a Assembleia da República também tem competência fiscalizatória das ações e programas do Governo.

Por sua vez, constatar-se-á que a Constituição da República Portuguesa elenca na sua Parte I, nos Título II e III, respectivamente, a disciplina os direitos de liberdades e direitos sociais. Sabe-se que a Constituição declara expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas quando se trata de direitos relativos a liberdades e garantias, tais como: direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade e à segurança, dentre outros. Porém, A análise se dará quanto a aplicação dos direitos sociais, econômicos e culturais, se estes são diretamente aplicáveis e se vinculam as entidades públicas e privadas, sobretudo porque o catálogo de direitos fundamentais é de rol exemplificativo já que permite o reconhecimento de outros direitos fundamentais por força da adesão a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Além disso, não é demais lembrar que as diversas classificações doutrinárias sobre os direitos sociais refletem o indeterminismo do tema que incendeia os debates sobre a matéria, o que por sua vez fomenta a análise pelo poder judiciário de casos concretos gerando o ativismo judicial refutado pelo princípio da independência e harmonia dos poderes.

Aliás, quanto ao nível de efetivação dos direitos sociais busca-se compreender no âmbito dos direitos fundamentais sociais se mais importa estabelecer a segurança jurídica quanto aos desígnios do poder legislativo, quer pelo poder constituinte originário quer pelo reformador, os quais avaliaram os juízos de valores que mereciam a materialização objetiva

no direito posto, ou se a missão jurídica e política dos direitos sociais está atrelado ao ideal de justiça vedando-se o retrocesso social por meio da negação a direitos sociais já efetivados.

Com efeito, importa salientar que os direitos sociais oriundos de normas programáticas enfrentaram resistência quanto a sua aplicação porque, embora reconhecidos, surgiram como ideias de concretização futura e não se revestiram de mecanismos processuais que viabilizassem a sua proteção.

Em verdade, na apreciação de direitos sociais importa refletir acerca do paradoxo entre tutelar direitos sociais a indivíduos específicos com base no mínimo necessário para uma vida digna e comprometer políticas públicas frustrando programas sociais que atendem a coletividade. A partir da ideia de dignidade da pessoa humana, constata-se a construção de um catalogo de direitos fundamentais que pauta-se no valor próprio atribuído a pessoa pela sua humanidade, respeitando e considerando os interesses de cada pessoa, esta que se torna o fim de realização do Estado, bem como passa a ser considerada individualmente sem a necessidade de integrar entidades ou corporações.

Importante ressaltar que a alegação da teoria da reserva do financeiramente possível para escusar a prestação positiva por parte do Estado deve ser analisada com cautela, uma vez que a importação dessa teoria sem a devida análise do contexto social, político e econômico podem deturpar a sua aplicação.

Por fim, no que corresponde ao dever de promoção dos direitos fundamentais será possível compreender que o que importa é identificar o direito que está em causa no caso concreto, e a partir daí ver-se o regime jurídico que melhor se adequa a resolução do caso, porquanto todos os direitos, seja ele de liberdade ou social, exigem desembolso pelo Estado.

Capítulo I: A consolidação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

1.1 O Constitucionalismo da Idade Antiga

Para o entendimento da consolidação dos direitos fundamentais sociais prestacionais é preciso antes de qualquer análise compreender os acontecimentos históricos e movimentos sociais que redirecionaram a história das sociedades de tal maneira que não só permitiram o próprio nascimento do Direito, mas também a sua constante necessidade de adaptação para resguardar a vida em sociedade. Por essa razão, o trabalho de desenvolvimento dos direitos fundamentais será minuciosamente analisado.

Como é de conhecimento público, o ramo do Direito que estuda os direitos fundamentais é o Direito Constitucional, sendo assim, a análise da construção do constitucionalismo é a pedra angular para o alcance do reconhecimento dos direitos

fundamentais, e, por conseguinte, os sociais prestacionais. Nessa esteira, segundo Canotilho o constitucionalismo constitui na limitação de poder tanto para a garantia de direitos quanto a organização política-social de uma sociedade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos³. Assim, no estudo da evolução do direito constitucional haverá também a necessidade de averiguar o surgimento do Estado e os vários constitucionalismos, ou na lição de Canotilho, os vários movimentos constitucionais que contribuíram para a consagração dos direitos sociais⁴.

A princípio é indispensável estar-se convencido de que o constitucionalismo não se iniciou apenas com o surgimento de documentos escritos que registravam as regras a todos impostas, ele deve ser estudado a partir de todo registro que demonstre a tentativa de limitação de poder, consoante entendimento de Charles Mc Ilwain citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “o constitucionalismo não se reduz ao projeto de implantação, em toda parte, de Constituições escritas, que a história mostra haver nascido no século XVIII. Significa a busca de limitação do Poder”⁵. Nesse sentido, o estudo do constitucionalismo antigo será a fonte inicial da caminhada para o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Desse modo, iniciaremos a abordagem na Pré-História, especificamente no período Neolítico posto que nesse contexto a prática da agricultura e pecuária deu ao homem o comando da natureza e sua utilização para seu benefício. Durante esse período, a consequência do domínio da agricultura e pecuária foi o aumento da população, esta que por sua vez resultou no surgimento das *gens*, que por sua vez já se apresentava numa organização social. Ocorre que, a má divisão do excedente da produção e a consequente apropriação pelos chefes resultou no surgimento das camadas sociais⁶, e, conseqüentemente, na desunião das

³ “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...) É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 51.

⁴ “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizermos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos por isso permite recortar desse já uma noção básica de constitucionalismo. Idem – **Ibidem**.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Princípios Fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. p. 11.

⁶ “À medida que as sociedades neolíticas se desenvolveram, produziram um volume de excedentes que podia proporcionar o sustento de novas camadas sociais (artesãos, comerciantes e sacerdotes) que se encarregaram de

*gens*⁷.

Outrossim, assevera Rodrigo Freitas Palma que “deve se admitir que aquelas formas de organização social próprias das sociedades simples, isto é, anteriores ao surgimento do Estado, tais como as tribos e os clãs, já possuíam um conjunto de normas não escritas, notadamente de natureza consuetudinária, que orientava a conduta dos seus indivíduos”⁸. Nessa esteira, completa o referido autor que “se é possível conhecer o local e a datação que assinalam a gênese do Direito escrito, o mesmo não se pode dizer do “nascimento das regras em si”⁹.

A esse respeito, é importante salientar que a história do Direito aponta que os primeiros registros de regras estabelecidos em grupos humanos advêm dos direitos cuneiformes, o qual tem sua origem circunscrita à bacia da Mesopotâmia, local extremamente fértil situado entre os rios Tigre e Eufrates, região na qual muitos povos tentaram exercer seu domínio, sendo neste local a primeira forma de expressão do Direito através de codificações como o Código de Ur Nammu (na Suméria), as Leis de Eshnunna, as de Lipit Ishtar e aquela de Hamurábi¹⁰.

A atenção empregada ao registro dos direitos cuneiformes não decorre essencialmente com base na ideia atual que se tem acerca do conceito de Direito, uma vez que esse tipo de registro escrito do Direito não estava devidamente sistematizado, porém contribui no conhecimento do caminho percorrido pela humanidade tanto pela vivência prática quanto pela percepção do fenômeno jurídico¹¹.

Acerca do Código de Hamurábi, Rodrigo Freitas Palma destaca que o trabalho do rei da Babilônia não foi um trabalho essencialmente novo, pois há quem alegue que o “Código de Hamurábi retomou leis sumerianas anteriores e que, à sua maneira, tratou de condensá-las a

suprir o grupo com manufaturados, de administrá-lo e de promover seus cultos religiosos. Essas camadas sociais privilegiadas, nos momentos finais do Neolítico, haviam assumido o poder e criado uma nova ordem econômica que se sustentava na utilização da força de trabalho de grandes grupos de camponeses não proprietários e na tributação dos pequenos camponeses.” PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines – **Constitucionalismo: Origem e evolução histórica**. p. 153.

⁷ “Com o decorrer dos tempos, a disparidade da apropriação do excedente por parte dos chefes produziu a diferenciação entre os membros da sociedade gentílica, aparecendo a divisão em camadas sociais. Esse processo foi responsável pela desagregação da organização gentílica.” Idem – **Ibidem**.

⁸ PALMA, Rodrigo Freitas – **História do Direito**. p. 37.

⁹ Idem - **Op. Cit.** p. 38.

¹⁰ PALMA, Rodrigo Freitas – **Op. Cit.** p. 48.

¹¹ Idem – **Op. Cit.** p. 50.

costumes semitas antiquíssimos. Nesse sentido, cai em definitivo o mito de Hamurábi como um autêntico ‘rei legislador’¹². Registra-se que esse rei, contribuiu tanto para a transformação da Babilônia num grande império, uma vez que conseguiu reunir os povos de origem semita¹³, quanto para o desenvolvimento do direito escrito vigente a época, já que suas leis demonstram ser bem mais abrangentes que as suas antecessoras¹⁴.

Nesse sentido, convém mencionar a contribuição do Código de Hamurábi para o Direito Civil, pois da leitura desse texto é possível identificar várias modalidades de contratos praticadas por todo o império, o que mais tarde fundamentaria toda a sistematização operada pelo direito romano, nessa esteira, oportuno é o magistério de Antonio Carlos Wolkmer¹⁵ ao destacar a contribuição das experiências históricas de normatividades e suas formas de regulação e controle societário evidenciadas por meio da investigação científica.

Em seguida, no período compreendido na História como Antiguidade Clássica, especial atenção é destinada a análise da contribuição da civilização Greco-Romana para a formação da ciência do direito. Nessa linha, Antonio Carlos Wolkmer a respeito da Grécia assevera que é seu aporte ocorreu de forma significativa no período da formação das cidades-estados, porquanto esse momento é caracterizado pelo advento do pensamento racional em contraposição a tradição oral mitológica¹⁶.

¹² Idem – **Op. Cit.** p. 58.

¹³ Idem – **Op. Cit.** p. 55.

¹⁴ “De qualquer modo, é mister concluir que as Leis de Hamurábi demonstram ser bem mais abrangentes que as suas antecessoras. A amplitude e a gama de situações abarcadas pelo código em questão é absolutamente incontestável. Prova disso pode ser percebida nos estudos desenvolvidos por Giordani, que, a seu turno, achou por bem dividir os crimes previstos por aquela codificação em categorias distintas: 1) Crimes contra a reputação alheia e crime de falso testemunho. 2) Crimes contra a família. 3) Crimes contra os costumes. 4) Crimes contra o patrimônio. 5) Lesões corporais. 6) Desonestidade, imperícia ou negligência no exercício da profissão. 7) Crimes contra a segurança pública.” Idem – **Ibidem**.

¹⁵ “As descobertas realizadas por alguns campos de investigação científica como a arqueologia, a etnologia e a antropologia, contribuíram em muito para trazer os vestígios e legados de organização da vida social e da cultura de sociedades antigas, bem como trouxeram à luz as ricas experiências históricas de normatividades e suas formas de regulação e controle societário. Isso é o que mostra o cenário dos Impérios Antigos Orientais, quer seja no Oriente Médio e no Extremo Oriente Asiático. Esse reconhecimento oferece subsídios e fundamentos para o avanço na etapa seguinte, correspondente ao Ocidente Mediterrâneo, onde se privilegiará as chamadas Civilizações Clássicas, representadas pela Grécia e por Roma.” WOLKMER, Antonio Carlos – **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil**, p. 43.

¹⁶ “Não se pode claramente definir a existência do que foi um direito grego e da formação de um pensamento jusfilosófico helênico antes do século VII a.C., nos chamados tempos homéricos. No período histórico posterior, marcado pela formação das cidades-estados, uma cultura grega começa a definir-se a partir do momento em que o pensamento racional transpõe a tradição oral mitológica. O mundo simbólico dos costumes e das interpretações divinas da natureza são sucedidas, desde o século VI, por uma consciência humana que começa a explicar a origem da vida e a universalidade cósmica agora por processos de racionalização, em que o espaço privilegiado é ocupado pela literatura (particularmente a dramaturgia), pela filosofia e pela ciência.” Idem – **Op. Cit.** p. 44.

Assim, o pioneirismo grego na criação das *polis*, resultante do crescimento populacional, do desenvolvimento do comércio e principalmente da expansão colonial, a sociedade grega foi afetada pela divisão social, uma vez que o desenvolvimento do comércio segregou a população com a dominação dos meios de produção¹⁷.

Nesse contexto de cidades-estado o pensamento grego contribui para o constitucionalismo por meio de seus filósofos que se preocupam com a historicidade do costume humano e o estudo da natureza ordenada pelos deuses¹⁸. Nesse sentido, oportuno o pensamento de Aristóteles na obra “A Política” ao registrar que “com base na nossa recolha de constituições, consideraremos o que preserva e o que destrói as cidades bem como as respectivas constituições [...]. Estudadas estas questões, podemos compreender melhor qual a melhor constituição, como cada uma deve ser ordenada e de que leis e costumes carece”¹⁹.

Como se nota, Aristóteles buscava compreender por meio da comparação do comportamento dos indivíduos das cidades-estados o que levava ao êxito ou ao fracasso destas cidades. Em seguida, almejava estabelecer qual a melhor forma de governar uma cidade-estado precisando as leis e costumes que deveriam ser praticados. Percebe-se que o filósofo helenista prestigia a razão para responder os acontecimentos de sua época. Nesse sentido, merece atenção a circunstância da Grécia ser uma sociedade politeísta, a qual a crença na mitologia dos deuses indubitavelmente motivava a tomada de decisões e desprezava a inteligência. De fato, Aristóteles foi a grande herança do período helênico para o constitucionalismo moderno, ao contrariar os pensamentos dominantes a época e acreditar que a razão era a fonte de respostas.

Em Roma, a contínua disputa entre patrícios e plebeus gerou o embrião da democracia participativa, posto que se instituiu o Tribunado da Plebe, e, por conseguinte, o plebiscito²⁰, poderosa forma de consulta popular. Outra grande contribuição do direito romano diz respeito

¹⁷ “A *polis* foi o resultado da desagregação dos genos. A formação da *polis* estava intimamente relacionada com o desenvolvimento do comércio, o aparecimento da escravidão, e, por fim, com a expansão colonial. Nesse momento, a propriedade privada dos meios de produção era dominante, o que levou ao aparecimento das diferentes camadas sociais, os proprietários e os não proprietários, explorados pelos primeiros e, por fim, o aparecimento do Estado, ou seja, a cidade-estado ou *polis*”. PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines – **Op. Cit.** p. 156.

¹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos – **Op. Cit.** p. 44.

¹⁹ ARISTÓTELES – **A Política**, p. 13.

²⁰ “Os senadores, a barriga da sociedade, procuravam justificar sua posição no organismo social em crise. Em 494 a.C., o povo conseguiu que fosse instituído o Tribunado da Plebe, magistratura com poder de veto às decisões dos patrícios. Os plebeus puderam criar suas próprias reuniões, os “concílios da plebe”, assim como adotar resoluções, os plebiscitos.” PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi – **História da Cidadania**, p. 53.

ao registro da Lei das Doze Tábuas. Embora, esta lei seja a mera tradução da prática da sociedade romana, tal registro representa um avanço, pois representou uma consolidação do direito vigente²¹.

No âmbito social, a sociedade romana influenciou tanto no nascimento do direito de propriedade quanto no direito de liberdade²². No primeiro caso, permitiu que os camponeses sem direito a propriedade tivessem acesso as terras oriundas das conquistas romanas. No segundo, aboliu a servidão por dívida, trazendo a liberdade como fundamento essencial da cidadania, nesse sentido Tito Lívio citado por Jaime Pinsky e Carla Pinsky²³.

Ainda na seara do direito de liberdade o historiador Floro, também citado por Jaime Pinsky e Carla Pinsky, no contexto da aprovação da Lei Hortênsia, em 287 a.C., afirma a perseverança dos plebeus pela luta dos seus direitos, principalmente o de liberdade “em meio a essas sedições, esse povo valoroso merece admiração. Lutou por sua liberdade, por sua honestidade, por sua dignidade de nascimento e também pelos cargos e suas honras, mas, acima de tudo, bateu-se de forma mais valente pela salvaguarda da liberdade”²⁴.

Por sua vez, o Império Bizantino, correspondeu a porção oriental do Império Romano após a sua divisão ainda na antiguidade. Neste período, o aporte para o constitucionalismo foi durante o governo de Justiniano, já na idade média. A contribuição desse imperador para o constitucionalismo constitui-se na elaboração do que se chama de *Corpus Juris Civilis* ou *Codex*^{25 26}.

²¹ “Em meados do século V a.C. foi publicada a Lei das Doze Tábuas. Embora fosse a codificação da legislação tradicional, que previa grande poder dos patriarcas, estabeleceu-se ali o importante princípios da lei escrita. De fato, o chamado direito consuetudinário, baseado na tradição, gerava grande insegurança – já que, em caso de divergência, a palavra final era sempre dos patrícios. Com a publicação da lei, todos podiam recorrer a um texto conhecido para reclamar direitos sem depender da boa vontade dos poderosos.” Idem – **Ibidem**.

²² “Todas essas medidas significaram grande avanço para os direitos de cidadania. A limitação de tamanho para as propriedades agrícolas representou verdadeira reforma agrária, pois permitiu aos camponeses o acesso às terras advindas das conquistas romanas, o que lhes garantia o sustento e a independência.” - Idem – **Op. Cit.** p. 54.

²³ “Outra medida de igual – ou talvez até maior – importância social foi a abolição da servidão por dívida, determinada pela Lei Poetélia Papíria, de 326 a.C. Até então, os cidadãos pobres não tinham direito de manter a própria liberdade. Escravizados, ainda que temporariamente, perdiam todos os direitos civis. Por isso, o historiador Tito Lívio, na época do imperador Augusto (fim do primeiro século a.C.), não hesitou em dizer que a Lei Poetélia Papíria trazia a liberdade, fundamento essencial da cidadania.” PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi – **Op. Cit.** p. 54.

²⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 55.

²⁵ “O trabalho de Justiniano na elaboração do que se chama de *Corpus Juris Civilis* ou *Codex*, é tão importante que até nossos dias se faz presente, não só porque é base do Direito Romano, mas porque inovou com relação à dinâmica e ao sistema lógico jurídico que prevalece entre nós, a começar pela ideia que temos de Constituição. De fato, ao consolidar primeiramente – parte 1ª do *Codex* – as várias Constituições desde o imperador Adriano (117-138), Justiniano redigiu um único código que aproveitou o melhor do Direito material produzido ao longo

Para o estudo do constitucionalismo, importa principalmente estudar a desintegração da parcela ocidental do Império Romano²⁷. Nesse sentido, do mesmo modo que o império se deparava com as dificuldades militares e administrativas, as querelas econômicas e sociais conduziam o império para uma nova realidade, uma vez que a extensão do império dificultava a sua unidade e colocava-o vulnerável a ataques e saques. Essa instabilidade, inviabilizou a distribuição de alimentos para a plebe que não teve alternativa a não ser migrar para o campo.

Esse processo de migração da cidade para o campo constituiu a base do feudalismo porquanto embora os trabalhadores fossem livres, eles não possuíam as terras. Então, desenvolveu-se a economia de subsistência, na qual o trabalhador obtinha da terra o seu sustento e o excedente entregavam ao dono da terra como forma de pagamento. Em contrapartida, o proprietário da terra oferecia proteção²⁸.

Nesse período da idade média, tal relação estabeleceu-se em razão da escassez de moeda para a venda do excedente de produção, e, conseqüentemente, poder pagar o uso da terra. Nesse sentido, José Fábio Rodrigues Maciel aduz que “encontrava-se a Europa em uma

de vários séculos, dando o caráter superior e eficiente de uma Constituição Imperial.” ROCHA, José Manuel de Sacadura – **História do Direito no Ocidente. Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade**. p. 148.

²⁶ “Em 529 o imperador Justiniano após debelar a rebelião de Nika, inicia o trabalho de consolidar o Direito Romano, o Corpus Juris Civilis ou Codex, composto por quatro partes: 1. Consolidação dos Editos Imperiais ou Constituições dos imperadores desde Adriano (séc. II); 2. O Digesto influenciado pelos costumes anglo-saxônicos, que levava em consideração a Jurisprudência dos Pretores, que exerciam a magistratura nos lugares onde as leis imperiais precisavam de adaptações, e que resgatava a Lei das XII Tábuas; 3. As Institutas que ofereciam o entendimento das leis, seu ensino e sua aplicabilidade, portanto, herança da atividade dos Jurisconsultos; 4. As Novelles, que possibilitavam a atualização e reforma das leis de acordo com o dinamismo social.” Idem – **Op. Cit.** p. 185.

²⁷ “No século III Roma passa por uma crise política e econômica que dá origem a um período de anarquia militar. Constantino (306-337), no início do século IV, reorganiza o Império e a administração do Estado. Vitorioso em guerras internas, prevendo a derrocada da parte ocidental do Império, extingue a perseguição ao Cristianismo (Edito de Milão em 313) e desloca a capital do Império para Bizâncio (330), futura Constantinopla (hoje Istambul). A partir daí o Império Romano divide-se em dois, o do Ocidente, que se extingue no século V (em 476), e o do Oriente que sobreviverá até o século XV.” ROCHA, José Manuel de Sacadura – **Op. Cit.** p. 144.

²⁸ “O direito feudal, antes de ser a característica de uma “época jurídica”, era a caracterização do direito dominial medieval entre os séculos IX e XIV, segundo as diversas características regionais que o feudalismo apresentou. Sua concentração, especialmente na França, ocorreu nos séculos X e XI. Era caracterizado por contrato entre um senhor e um vassalo, em que este obrigava-se a ser fiel ao senhor, fornecer-lhe ajuda, especialmente militar, e participar dos conselhos e cortes do senhor. Em contrapartida, o senhor obrigava-se a proteger e reconhecer o domínio do vassalo sobre uma determinada parcela territorial que se tornaria correntemente hereditária por volta do século X. A aplicação da justiça era realizada ordinariamente pelos senhores, baseando-se especialmente em costumes regionais, podendo ter como fontes, ainda, algumas legislações romano-germânicas, As capitulares, comuns na Alta Idade Média, continham, além de normas de direito penal e processual, algumas poucas regras de direito feudal. Eram editadas pelos reis na tentativa de organizar a sociedade e proteger os súditos mais pobres. Funcionavam como fator de unificação jurídica, porque aplicáveis a todo o reino, mas perderam força a partir do final do século IX, tanto pelo declínio da escrita jurídica como pelo fortalecimento do poder dos senhores feudais em detrimento do poder real.” MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan – **História do Direito**. p. 159.

fase em que o comércio, após a decadência, praticamente inexistia e com ele a cunhagem de moedas, momento em que o refluxo para o campo e a decadência das cidades mostrou-se como tendência inabalável”²⁹.

De outro modo, a necessidade de proteção pelo trabalhador decorre do fato do império romano permitir a presença tribos bárbaras dentro de seu território. Essas tribos eram admitidas na condição de colonos com o compromisso de cultivar a terra e pagar os impostos devidos ao império. Ocorre que ao longo da idade média essa relação não permaneceu eternamente amigável o que fez originar as invasões bárbaras que culminariam na desintegração do Império Romano do Ocidente.

A vigência do feudalismo, caracteriza-se pela inexistência de um único poder e tampouco a imposição de normas oficiais únicas. Além disso, tem-se intensa instabilidade política gerada pelo conflito de três forças: imperador, os senhores feudais e a igreja. Diante dessas circunstâncias, no processo de formação da Monarquia Inglesa, a contribuição para o constitucionalismo reside na edição da Magna Carta de 1215 no reinado de João Sem Terra.

Assim, na idade média, embora tenha se originado a crença no direito supra positivo não se pode esquecer que houve também o surgimento da limitação do poder com base na edição de direitos contrários aos desejos do rei, como por exemplo a Carta Magna de 1215, a seguir analisada.

1.2 A Contribuição da Europa para o constitucionalismo

Com efeito, a Magna Carta consiste efetivamente no resultado de um acordo entre o rei João sem Terra e os barões revoltados e apoiados pelos comerciantes locais. Esse acordo merece atenção em razão de até então ser impensável um rei ceder as vontades dos súditos, no caso os barões. João Sem Terra teve seus poderes limitados, pois por esse documento garantiu-se não só os privilégios aos súditos da coroa, mas também previu meios específicos de assegurar os direitos no caso de violação³⁰.

²⁹ MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan – **Op. Cit.** p. 154.

³⁰ “Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem mais sim com os direitos de ingleses, decorrentes da imemorial *law of the land*, por outro lado, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder,

Da leitura da Magna Carta já é possível constatar registros da origem de direitos constitucionais vigentes até o constitucionalismo contemporâneo. No artigo 39 do referido documento vislumbra-se o preceito de judicialidade ao estabelecer que “nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”³¹. Como se observa, na Inglaterra medieval era inaceitável a prisão de um homem livre sem a submissão do caso ao juiz ou previsão legal.

Após a publicação da Magna Carta e do início das atividades nos tribunais ingleses de acordo com o direito estabelecido no documento assinado por João sem Terra, a Inglaterra alcança o *Rule of law* assim explicado por Ferreira Filho: “consiste exatamente na sujeição de todos, inclusive e especialmente das autoridades, ao império do Direito. Equivale, pois, ao Estado de Direito como limitação do poder, num sistema de direito não escrito”³².

Esse processo de formação do constitucionalismo inglês desde a edição da Magna Carta até a *Bill of Rights*, em 1689 viabilizará a consolidação das dimensões estruturantes que influenciará substancialmente os movimentos sociais de construção do constitucionalismo moderno. Canotilho explica a existência de dimensões histórico-constitucionais que não só permitiram a cimentação dos direitos fundamentais na Inglaterra quanto semeou a ideia de divisão do poder³³.

inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos.” – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Direitos Humanos Fundamentais**, p. 28.

³¹MAGNA Carta 1215 [Em Linha]. [Consult. 15 abr 2018]. Disponível em <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 28.

³³ “as dimensões histórico-constitucionais caracterizadores do modelo historicista são três: 1) garantia de *direitos adquiridos* fundamentalmente traduzida na garantia do “binômio subjectivo” *liberty and property*; 2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento; 3) regulação destes direitos e desta estruturação através de *contratos de domínio* (Herrschaftsverträge) do tipo da *Magna Carta*. A evolução destes momentos constitucionais, desde a *Magna Carta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da “constituição ocidental”. Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjetivamente como *liberdade pessoal* de todos os ingleses e como *segurança* da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39.º da *Magna Carta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um *processo justo regulado por lei* (*due process of law*), onde se estabelecessem as regras disciplinadora da privação da liberdade da propriedade. Em terceiro lugar, as *leis do país* (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelo juizes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado *direito comum* (*common law*) de todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a ideia de *representação e soberania parlamentar* indispensável à estruturação de um *governo*

Por sua vez, Albert Venn Dicey citado por Ferreira Filho explica que a *rule of law* significa “em primeiro lugar, a absoluta supremacia ou predominância do direito comum como oposta à influência do poder arbitrário [...], exclui a existência de arbítrio de prerrogativa e mesmo de uma larga autoridade discricionária da parte do governo. Os ingleses são governados pela lei, e pela lei apenas [...]”.³⁴

O pioneirismo inglês a respeito do constitucionalismo pauta-se na dificuldade que era organizar o judiciário³⁵ numa sociedade baseada no modelo feudal, no qual cada feudo instituía as suas regras. A Magna Carta chegou para padronizar o entendimento em todos os feudos, para fazer valer a mesma lei para todos os ingleses, permitindo a fluência, primeiro do “*common law*”; e, depois, da “*equity*”.

Ainda na leitura do documento imposto a João Sem Terra, encontra-se a semente de direitos fundamentais, pois no artigo 41.º vê-se a instituição da liberdade de locomoção³⁶, ou seja, o direito de ir e vir. Nela também no artigo 14.º anuncia-se a disciplina para a instituição de novos tributos³⁷, o qual deve ter a aprovação do conselho comum. A cerca do conselho

moderado. O rei, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Commons and Lords*) formavam uma espécie de “soberania colegial” ainda não desvinculada de ideias medievais. De qualquer modo, o balanceamento de forças políticas e sociais permite agora inventar a categoria política de representação e soberania parlamentar. Um corpo social dotado de identidade e que conseguiu obter a entrada no Parlamento (*Members of Parliament*) passa a exigir *respeito e capacidade de agir*. Numa palavra: passa a estar *representado*. Acrescente-se ainda: a soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante da constituição mista, pois uma constituição mista é aquela em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo (rei e Parlamento). A “soberania do parlamento” exprimirá também a ideia de que o “poder supremo” deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta ideia estará na gênese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*.” – CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 56.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 17.

³⁵ “O *rule of law* é expressão da *Common Law*, que inclui o direito judiciário inglês. De fato, este se desenvolveu a partir do século XII, quando cortes reais passaram a consolidar o direito consuetudinário – “*law of the land*” – que até então variava de região para região. Mas essa consolidação do direito se fez por meio de uma seleção, a que procediam os juizes, legistas formados no direito romano. Tal seleção se cristalizou em razão do *stare decisis*, pelo qual os juizes inferiores têm de se conformar com o entendimento dos tribunais mais altos. Por outro lado, esses tribunais souberam aproveitar a flexibilidade de fórmulas, como o “*due process of law*” para fazer evoluir o direito num sentido de racionalidade com o entendimento e de preservação da liberdade.” Idem – **Op. Cit.** p. 29.

³⁶ “41. Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, exceto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país.” MAGNA Carta 1215 [Em Linha]. [Consult. 15 abr 2018]. Disponível em <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>

³⁷ “14. E para consultar o conselho comum do reino a respeito do estabelecimento de outros tributos que não os três casos acima mencionados, ou para o estabelecimento da scutage, faremos notificar os arcebispos, os bispos,

comum, ou assembleias representativas como ficou conhecida em toda a Europa medieval, Samuel Finer, mencionado por Ferreira Filho afirma que as assembleias representativas foram a mais importante criação política da idade média³⁸.

As assembleias representativas inovaram porque os integrantes que nela participavam inspiravam-se no princípio *pars pro toto*, segundo o qual “um grupo pode substituir o todo numa deliberação sobre o que concerne a todos. Isto será o modo praticável de atender ao princípio *quod omnes tangit, ab omnibus approbetur* (que tudo que ele tocava, que ser aprovado por todos)”, consoante lição de Ferreira Filho³⁹. Em outras palavras, enquanto na antiguidade as Assembleias realizadas continham participantes que falavam apenas por si, nas Assembleias Representativas ocorria o inverso.

Ademais, essas assembleias se diferenciavam por duas outras razões. O primeiro, são assembleias políticas. O segundo, são instituições regulares. Como assembleias políticas caracterizavam-se pela composição de participantes que falavam em nome de ordens e estamentos, não só pelo intuito de defender-lhes os direitos, mas também pelo dever de conselho e colaboração; Já como instituições regulares, foram marcantes pela existência de normas que orientam a sua estruturação⁴⁰.

Em verdade, a instituição das assembleias está associada tanto para a autorização de cobranças não previstas no sistema feudal quanto para a demonstração de apoio político para o monarca. Contudo, o fato é que a convocação das assembleias deixava o rei sobre o controle daqueles que compunham a assembleia. Assim, teve-se o embrião do parlamento inglês que em seguida atuaria no controle legislativo da atividade governamental⁴¹.

Em tempo, importa registrar a estruturação das assembleias representativas. De modo geral era composta por três categorias: clero, nobreza e povo. Nas assembleias era desejável a

os abades, os condes, e maiores barões, individualmente, por carta nossa; e, além disso, faremos notificar em geral, por meio dos nossos sheriffs e bailios, todos aqueles que, como chefes, de nós receberam benefícios para um dia fixado, a saber, quarenta dias pelo menos após a notificação, e num lugar fixado. E em todas as cartas de tais notificações explicaremos as suas causas. Sendo feitas as notificações, proceder-se-á no dia indicado conforme o conselho daqueles que estiverem presentes, mesmo que nem todos os que foram notificados compareçam. MAGNA Carta 1215 [Em Linha]. [Consult. 15 abr 2018]. Disponível em http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%A8S.pdf

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 25.

³⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 26.

⁴⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 27.

⁴¹ “Isto não só provocou mais tarde a institucionalização do Parlamento, como lhe serviu de arma para assumir o papel do legislador e de controlador da atividade governamental.” - Idem – **Op. Cit.** p. 28.

participação das três categorias. Na Inglaterra, diferentemente do que ocorria nos demais países da Europa ocidental, a nobreza e o clero reuniam-se juntos constituindo a Câmara dos *Lords*, e de outro modo a Câmara dos *Comuns* era formada pelos representantes do povo.

Ao final da idade média, prevalecia o entendimento sobre a crença no direito como ciência. Nesse sentido, Otto Gierke citado por Manoel Gonçalves afirma que o pensamento generalizado na era medieval residia na crença da existência de um direito natural, anterior ao poder político e provinda do criador do homem⁴².

Como se vê, não se acreditava no poder absoluto dos reis, já que a tese do direito natural atribuía a sua origem ao criador do homem, ou seja, a Deus. Ocorre que do mesmo modo, os reis absolutistas explicavam os seus poderes como decorrentes de Deus para assim justificar o controle político e a relação entre reis e súditos.

A esse respeito, deve-se registrar que “a Igreja medieval, pregava que a desigualdade era natural e que o homem devia ter a humildade de submeter-se às autoridades definidas por Deus, mas essas autoridades usavam o poder para oprimir”⁴³.

Como se percebe, tinha-se a ideia de que o poder decorria de Deus. Nessas circunstâncias avocou-se o pacto da sujeição na França durante as guerras religiosas, “novamente ganhou ímpeto no curso do século XVIII, portanto às vésperas da Revolução Francesa, [...] servia de justificação para as ações dos Estados-Gerais, o de Paris e outros, que combatiam as inovações legais pretendidas pelos ministros de Luís XV e, depois, de Luís XVI”⁴⁴. Esse contexto de instabilidade política e religiosa será um terreno fértil para a eclosão da Revolução Francesa.

Antes, porém, é preciso registrar que no período renascentista a ideia de que Deus estava no centro do universo, sustentou a obediência das pessoas a religião, bem como a crença no poder divino dos reis. Aos poucos, essa concepção foi sendo substituída pelo pensamento humanista na valorização do homem aliada a teoria heliocêntrica, gerando a disputa entre a fé e a razão⁴⁵.

⁴² “Havia um largo consenso em torno de que haveria uma lei natural, provinda do criador do homem, obrigatória para todos, anterior ao poder político, cujos princípios eternos e imutáveis prevaleciam sobre as leis humanas. Estas, se a contradissem, seriam de nenhum efeito e não obrigariam a quem quer que seja.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 19.

⁴³ CASTILHO, Ricardo – **Filosofia do Direito**. p. 73.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 21.

Concomitantemente, o sistema feudal foi sendo substituído pelo mercantilismo, isto é, o sistema de trocas substituído pela comercialização de produtos. A decadência do sistema feudal culminou no crescimento demográfico dos burgos, espécie de cidades medievais que possuíam locais destinados a comercialização: as feiras. A respeito dessa prática comercial, importa salientar que as feiras constituíram importante local de intercâmbio de informações e intensificação do comércio que mais tarde resultaria numa classe social preocupada com o lucro e a política, ou seja, a burguesia, esta que por sua vez terá importante participação no movimento social que inaugurará a idade contemporânea.

Por seu turno, é importante registrar que a Igreja vinha perdendo representatividade uma vez que sua hegemonia espiritual sobre a população e influência no poder político dos reinos estava diminuindo. Por toda a Idade Média a Igreja acumulou riquezas e incorporou terras que lhe rendia vultuosos tributos feudais controlados pelo Papa. Ocorre que, com o surgimento do Estado Absolutista, passou a ser interesse dos monarcas receber esses tributos. Além do mais, os camponeses, os pagadores desses impostos, também já apresentavam descontentamento.

Como se não bastasse as desavenças com os reis, a Igreja também não tinha a aprovação da nascente burguesia, porquanto defendia a comercialização sem direito ao lucro, bem como considerava pecado a prática de juros por empréstimo. Vale lembrar que o Clero em razão da posição de destaque na Igreja aproveitou-se disso para obter privilégios. Ocorre que com a venda desenfreada de indulgências, ou seja, a remissão dos pecados por meio do pagamento em dinheiro para a Igreja, acabou por torná-la incrédula originando a Reforma Protestante.

O movimento religioso que questionava o poder e atuação da Igreja ficou conhecido como Reforma protestante e foi desencadeada por Martin Lutero, este que por sua vez condenava a venda das indulgências. A contribuição da reforma protestante para o constitucionalismo consiste em fomentar o afastamento, a separação entre Igreja e Estado, pois a desmoralização do Clero contribuiu para a manifestação do Terceiro Estado na França, e, por conseguinte, na eclosão da Revolução Francesa.

⁴⁵ “O humanismo, como movimento filosófico, mas principalmente estético, colocava o homem como centro do universo, definia a natureza como domínio do homem e privilegiava a ação em detrimento da contemplação. Em suma, o homem passava, no humanismo, a ser dono do seu próprio destino e, em benefício dele, é que deviam ser realizados todos os estudos”. CASTILHO, Ricardo – **Filosofia do Direito**. p. 73.

Por sua vez, a descoberta da América pelos espanhóis, e, posteriormente a colonização do Estados Unidos pela Inglaterra, mostrou uma rápida organização das colônias inglesas, se considerado o pouco tempo de existência dessas colônias e comparada com as demais nações do velho mundo. Ocorre que, as colônias inglesas inspiraram-se no modelo inglês que vinha em construção desde a Magna Carta de 1215, como consequência do “*birth right*” enquanto “*social and natural inheritance*”.

Contribuiu também para a rápida organização das colônias inglesa na América o fato de a Revolução Inglesa ter afetado as suas colônias, pois, embora a metrópole adotasse o liberalismo econômico como forma de incentivar a sua burguesia mercantil no acúmulo de capitais para a viabilização da revolução industrial, nas colônias ainda se mantinha as práticas mercantilistas características do pacto colonial⁴⁶. Porém, alguns atos podem ser considerados como propulsores para a Revolução Americana, dentre eles a Lei do Selo e as Leis Intoleráveis que buscavam restabelecer o equilíbrio financeiro da coroa.

Pela Lei do Selo, a Inglaterra cria o imposto do selo sobre jornais, documentos oficiais e legais. Já a chamada Leis Intoleráveis foi uma reação dos britânicos contra o ataque dos colonos contra o carregamento de chá presente num navio no porto de Boston. Esse ataque ocorreu devido a concessão do monopólio do comércio do chá a Companhia das Índias Orientais, que acabou prejudicando os comerciantes norte-americanos que resolveram reagir. Desse episódio da história norte-americana o legado para o constitucionalismo estadunidense consiste na realização do Primeiro Congresso Continental na Filadélfia que divulgaria a Declaração de Direitos que antecipou os anseios da Constituição Americana e se tornaria o nascimento das constituições escritas. Por essa razão, oportuno é o registro de Jellinek citado por Vieira de Andrade ao dizer que “sem a América, sem as constituições dos seus diversos Estados, talvez tivéssemos uma filosofia de liberdade, mas nunca teríamos uma legislação que garantisse a liberdade”⁴⁷.

A impressionante organização dessas colônias é muito bem retratada pelo Estado da Virgínia que antes mesmo da independência dos Estados Unidos, fez a sua declaração de direitos em 1776 reconhecendo os direitos fundamentais em face dos seres humanos⁴⁸. Ocorre

⁴⁶ PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martinez – **Op. Cit.** p. 160.

⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** p. 28.

⁴⁸ “As declarações americanas influenciaram, sem dúvida, o curso dos acontecimentos franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam. Na verdade – como era de se esperar – as declarações americanas aproximam-se do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com

que em razão da universalidade alcançada, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789 que se tornou a pedra angular do constitucionalismo moderno⁴⁹.

1.3 Construção do Constitucionalismo na Idade Moderna

Importante tomar nota que o início da Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra também contribuiu para a difusão da Revolução Francesa. Nesse aspecto, conforme já foi visto, a alteração do modelo econômico do feudalismo para o capitalismo trouxe consigo transformações na sociedade. Assim, a atividade produtiva que antes era manual com dominação de todo o processo produtivo por uma única pessoa, passou a ser realizado por meio de máquinas com fracionamento da atividade produtiva entre os trabalhadores, estes que por sua vez passam trabalhar para o proprietário detentor do capital.

Com o surgimento das fábricas, e conseqüentemente, a alteração do modelo de produção, houve o excedente da produção nas indústrias. Nesse contexto, a necessidade de mercado consumidor para os produtos saídos das fabricas era enorme, e por isso surgiu a necessidade de remunerar o trabalhador que de posse do seu salário poderia consumir os produtos fabricados. Ocorre que esse salário era bem abaixo do mínimo necessário para a satisfação das necessidades da classe trabalhadora.

A revolução industrial fez emergir inúmeros problemas sociais que aumentava gradativamente o descontentamento da classe operária que cansada da excessiva jornada de trabalho em condições insalubres e recebendo baixo salário começa a se insurgir não só contra as condições de trabalho, mas também contra a condição social em que estavam inseridos. Esse contexto de descontentamento da classe trabalhadora também contribuirá para a

os direitos tradicionais do cidadão inglês – julgamento pelo júri, participação política na assembleia, consentimento na tributação. Nisso, aliás, tem o mérito de armar o indivíduo com instrumentos de garantia de seus direitos, o que não ocorre na declaração francesa. Esta, contudo, teve por si o esplendor das fórmulas e da língua, a generosidade de seu universalismo. Por isso, foi preferida e copiada, ainda que frequentemente seus direitos ficassem letra morta.” – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 36.

⁴⁹ “A história constitucional tem a importante tarefa de fixar a origem da Declaração de Direitos de 1789. Isso importa em bem conhecer essa origem, não apenas para compreender o desenvolvimento do Estado moderno, mas, também, a situação que atribuiu ao indivíduo. Até o presente, contentou-se em enumerar, nas obras de direito público, os precedentes da Declaração de 1789, desde a “Magna Carta” até a Declaração de Independência dos Estados Unidos.” JELLINEK, Georg. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno.** p. 29.

insurgência do Terceiro Estado na França. Além disso, é importante relatar que a forte carga tributária imposta ao Terceiro Estado, bem como a redução de insumos agrícolas e a forte opressão exercida pela monarquia na França determinaram a eclosão da revolução francesa.

Nesse sentido, não é demais lembrar que em 1788 um panfleto intitulado “*Qu’est-ce que le Tiers État?*”, na tradução livre significa “O que é o Terceiro Estado?”, elaborado pelo Abade Emmanuel Joseph de Sieyès buscou despertar no povo francês o interesse em reivindicar a sua participação nas decisões políticas da França marcada pelos privilégios do clero e nobreza. Nessa esteira, Sieyès citado por Cristina Penna “O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o Terceiro Estado? Tudo”⁵⁰.

Nesse manifesto, Flavia Bahia assevera que “estava presente a necessidade de restauração da legitimidade da tomada das decisões políticas na França, com a substituição do Estado absolutista e dominador, para um Estado fundado pela vontade da Nação”⁵¹. Como se nota, nesse contexto, consagra-se a necessidade de um governo voltado para o interesse de todos, fundamentando-se na liberdade, igualdade e fraternidade⁵².

Com efeito, para compreender o impacto que a Revolução Francesa causou nas sociedades até então medievais, é preciso inicialmente analisar o contexto histórico de sua instauração. Sendo assim, a formação do Estado Moderno⁵³ exigiu uma adaptação política-organizacional dos antigos Estados medievais. Desse modo, analisar a doutrina contratualista do século XVIII é indispensável.

Nesse sentido, explica Streck e Moraes que “o pensamento contratualista pretende estabelecer, ao mesmo tempo, a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que ponha fim ao estágio pré-político (estado

⁵⁰ PENNA, Maria Cristina Vitoriano – **Op. Cit.** p. 163.

⁵¹ MARTINS, Flavia Bahia – **Direito Constitucional**. p. 9.

⁵² Em terras francesas, o pensamento revolucionário, conduzido pela burguesia, ofereceu a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Os direitos básicos (inatos) de todo homem seriam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, que coexistiriam com o direito de participação política, este último próprio do cidadão. Daí se falar em direitos do homem e do cidadão. JELLINEK, Georg – **Op. Cit.** p. 14.

⁵³ “É possível afirmar que o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. Cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalecentes) engendram um determinado tipo de Estado. Observe-se, assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na passagem do período medieval. Ou seja, o Estado não tem uma continuidade (evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas.” – STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de – **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 28.

de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil)”⁵⁴. Para os teóricos dessa época, o estado civil aparece como uma inovação do pensamento humano para resolver as falhas oriundas do estado de natureza, “construído como um fato histórico na origem do homem civilizado”⁵⁵.

Nessa esteira, na passagem do estado de natureza para o estado civil é indispensável citar as teorias do jusnaturalismo de Hobbes e Rousseau, bem como a teoria de Locke. Para os primeiros teóricos, o advento do Estado civil impõe uma completa ruptura com a ordem dos direitos naturais⁵⁶, enquanto para Locke não se deve romper com os direitos naturais, mas procurar mantê-los tanto quanto possível⁵⁷. Porém, em relação ao que conhecemos como democracia, a maior contribuição como sustenta Bobbio, foi de Rousseau, para este autor a renúncia ao direito natural não é feita em favor de um terceiro como propõe o estado civil de Hobbes, mas em favor de todos e de uma comunidade inteira⁵⁸.

Em verdade, os autores contratualistas não possuem um entendimento uniforme a respeito da teoria do estado de natureza, pois para Hobbes o homem encontra-se em constante estado de guerra; já para Rousseau o homem encontra-se em estado de felicidade, enquanto que para Locke o estado de natureza do homem está associado a uma paz relativa no qual a razão permitiria a percepção de limites à ação humana⁵⁹, como definem Streck e Moraes.

⁵⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 29.

⁵⁵ Idem – **Ibidem.**

⁵⁶ “A passagem do estado de natureza para o estado civil pode acontecer somente com uma total *eliminação* do primeiro no segundo, razão pela qual, nascendo da completa alienação dos direitos naturais para autoridade do estado, é um estado absolutamente novo.” – BOBBIO, Norberto – **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. p. 119.

⁵⁷ “A passagem do estado de natureza para o estado civil não admite a eliminação do estado de natureza, mas a sua *conservação*; pelo contrário, o estado civil é aquele estado que deve de fato possibilitar o exercício dos direitos naturais através da organização da coação, motivo pelo qual não é mais um estado completamente novo, mas é, deve ser, tanto quanto possível, análogo ao estado de natureza, e inclusive é tanto mais perfeito quanto mais numerosos são os direitos naturais que consegue salvar.” – Idem – **Ibidem.**

⁵⁸ “O contrato social, tal como se apresenta, é também um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais, mas – e aqui está a diferença fundamental que deixa Rousseau como o teórico mais consequente do Estado democrático – a renúncia não é feita em favor de um terceiro, *mas por cada um em favor de todos*, ou seja, por cada indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro de uma totalidade). Se quisermos no expressar com outras palavras, tanto Hobbes quanto Rousseau concebem o contrato social como um *contrato de alienação* dos próprios direitos. Mas enquanto para Hobbes a alienação acontece em favor do soberano, considerado com entidade distinta da multidão que o investe dos próprios direitos, para Rousseau a alienação acontece em favor da comunidade inteira, ou do *corpo político*, do qual é manifestação suprema a *vontade geral*, que é exatamente a vontade dos indivíduos contraentes. Diferentemente da renúncia de Hobbes, que leva a abandonar a liberdade natural para obter a servidão civil, a renúncia de Rousseau deveria levar a abandonar, sim, a liberdade natural, mas para reencontrar um liberdade mais plena e superior, que é a liberdade civil, ou *liberdade no estado* BOBBIO, Norberto – **Op. Cit.** p. 119.

⁵⁹ “Para os contratualistas, a figuração do estado de natureza não é uniforme. Uns, como Thomas Hobbes e Spinoza, veem-no como estado de guerra, ambiente no qual dominam as paixões, situação de total insegurança e incerteza, domínio do mais forte, expressando-o com adágios, tais como: *guerra de todos contra todos; o homem*

De fato, enquanto a contribuição de Locke, influenciado pela Constituição Inglesa⁶⁰, avança na teoria da divisão de poderes preparando o terreno para Montesquieu, uma vez que já reconhecia a existência dos poderes legislativo e executivo. Rousseau, com a sua teoria do Contrato Social, torna-se incomparável porque consagra que a soberania sai das mãos do rei, tendo a sua titularidade no povo que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei⁶¹. E esta lei, virá ser a Constituição da França, a qual precedida pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão anuncia para o mundo a concepção de direitos fundamentais.

Na estreita análise da Declaração de 1789, já no seu art. 1.º vislumbra-se a vedação de plano da divisão social até então vigente, já que no enunciado “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”⁶², depreende-se que a estratificação social⁶³ entre o Clero, a Nobreza e o Terceiro Estado não seria mais aceita. Acerca dessa divisão social, deve-se ter em mente que na França absolutista o Clero e a Nobreza comandavam as decisões políticas em nome de todo o povo francês, enquanto o Terceiro Estado ficava alheio às participações políticas, mas era o responsável por manter financeiramente o Estado.

lobo do homem, etc. Outros, como Rousseau, definem-no como estado histórico de felicidade – o estado primitivo da humanidade –, em que a satisfação seria plena e comum (mito do bom selvagem, sendo significativa a frase de abertura do Contrato Social: *os homens nascem livres e iguais e, em todos os lugares, encontram-se a ferro*), e o estabelecimento da propriedade privada joga papel fundamental. Para John Locke, tido como “pai do liberalismo”, o estágio pré-social e político dos homens, ou seja, sua vida em natureza, se apresentava como uma sociedade de “paz relativa”, pois nele haveria um certo domínio racional das paixões e dos interesses. Nos quadros do estado de Natureza, a razão permitiria a percepção de limites à ação humana, conformando um quadro de garantias naturais ou, melhor dizendo, um quadro de direitos naturais que deveriam ser seguidos pelos homens; aqui o homem já se encontra dotado de razão e desfrutando da propriedade.” – STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de – **Op. Cit.** p. 31.

⁶⁰ “A Constituição Inglesa não se reduz a forma tradicional de codificação encontrada na Europa continental mas sim a hermenêutica que a caracteriza, posto que além da codificação a Constituição Inglesa também caracteriza-se pelo *common law* (o *Common Law* é um direito jurisprudencial, que se estrutura na ideia de que o “juiz faz a lei”). No *Common Law*, a legislação tem aspecto secundário, enquanto no Direito Continental torna-se progressivamente a principal fonte de direito do continente, e terá como sua principal forma de manifestação os Códigos.” BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. **Introdução a história do direito**. p. 89.

⁶¹ “A soberania sai das mãos do monarca, e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado. É esta convenção que se estabelece o aspecto racional do poder soberano. A vontade geral incorpora-lhe um conteúdo de moralidade permitindo que se entenda obediência como exercício de liberdade e a soberania como a ação do povo que dita a vontade geral, cuja expressão é a lei.” – STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de – **Op. Cit.** p. 38.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 191.

⁶³ “Clero e a Nobreza representavam juntos 2% (dois por cento) da população francesa, enquanto o Terceiro Estado era formado pela burguesia alta, média e baixa, proletariado e desempregados, o qual totalizava os restantes 98% (noventa e oito por cento) da população francesa”. MARTINS, Flavia Bahia – **Op. Cit.** p. 8.

Outro artigo desse documento histórico que merece ser analisado por demonstrar a limitação do poder estatal encontra-se no artigo 7.º, segundo o qual “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos”⁶⁴. Nesse artigo constata-se o princípio da legalidade estrita (Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), pois como se percebe não só veda a prisão por motivo não previsto em lei, mas também a prisão em desconformidade com as possibilidades legais, e, além disso, ainda prevê punição para o caso de descumprimento.

Outrossim, merece especial análise a redação do artigo 16.º dessa Declaração, o qual assenta “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, isto posto percebe-se que a Declaração de 1789 colocou como indispensável para a existência da Constituição a garantia de direitos e a separação de poderes. Em nota, vale lembrar que, nesse período já havia a instituição dos poderes Legislativo e Executivo, sendo o poder judiciário instituído futuramente. A consagração do Princípio da Separação de Poderes além de condenar a prática absolutista que concentrava todo poder na mão dos monarcas, permite não só o aparecimento da limitação do poder, mas também anuncia o Estado de Direito.

Nesse diapasão, Manuel Proença de Carvalho coloca como principais traços estruturais advindos das Revoluções Americana e Francesa: a) Limitação do poder; b) Advento de Constituições; c) Separação de Poderes; d) Reconhecimento da existência de direitos do homem; e) Proclamação da igualdade jurídica de todos os homens, independentemente do nascimento ou de outros fatores; f) Primado da lei, sendo o Estado fundado e limitado pelo direito; g) Aparecimento dos partidos políticos; h) Representação política (com sufrágio censitário); i) Ideia de “Estado mínimo”, com a economia entregue à “auto-regulação do mercado”; j) Abolição de privilégios e l) Carácter intocável da propriedade privada⁶⁵.

O pensamento iluminista dominante na Europa do século XVIII munuiu a classe burguesa durante as revoluções americana e francesa e despertou nessa classe social a ideia de

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 192

⁶⁵ CARVALHO, Manuel Proença de – **Manual de Ciência Política e Sistemas Políticos e Constitucionais.** p. 61.

intervenção mínima do Estado. Por esse pensamento tinha-se a concepção de que o comerciante deveria ter a liberdade de fazer o que bem entendesse em sua atividade, sem ser limitado por nenhuma espécie de regra estipulada pelo Estado.

Outrossim, a prática da liberdade econômica incentivou a liberdade de contratar, para tanto era indispensável que o Estado se abstinhasse de qualquer modo que influenciasse a liberdade dos indivíduos, pois isso poderia prejudicar a economia já que “o favorecimento do comércio [...] exigia que a proteção concedida pelo Estado ao credor não se subordinasse à verificação prévia da conformidade do contrato a imperativos de justiça ou equidade. A liberdade contratual servia ao interesse geral”⁶⁶.

Nesse contexto, não é demais lembrar que a expansão da Revolução Industrial ao longo do século XIX por toda a Europa viabilizou o surgimento da sociedade de consumo que com a alteração do modo de produção e barateamento do produto viabilizou o consumo pela classe operária que cada vez consumia mais, mas não por muito tempo⁶⁷. Então, dessa necessidade de produzir cada vez mais surgiu também a necessidade de contratar trabalhadores de forma mais rápida e com isso o contrato que antes era celebrado individualmente e com análise das cláusulas contratuais, agora passa ser previamente redigido pelo patrão, cabendo ao operário apenas a adesão dos termos nele consignado⁶⁸.

No entanto, esses contratos eram pautados na máxima obediência aos ditames do liberalismo, bem como o exercício desenfreado do individualismo o que acabou brotando problemas sociais ocasionados principalmente pela disparidade nas relações contratuais da classe operária e empresariado, motivo pelo qual o Estado passa a ter que intervir nas relações contratuais⁶⁹. No mesmo sentido, Marcelo Novelino explica que essa igualdade formal entre

⁶⁶ MADUREIRA, Maiara – **Limitações a autonomia privada nos estatutos das companhias abertas**. p. 25.

⁶⁷ “Ao discurrir sobre a nova situação decorrente da Revolução Industrial, Segadas Vianna afirma: “A invenção da máquina e sua aplicação à indústria iriam provocar a Revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e trabalhadores; primeiramente a máquina de fiar, o método de pudlagem (que permitiu preparar o ferro de modo a transformá-lo em aço), o tear mecânico, a máquina a vapor multiplicando a força de trabalho, tudo isso iria importar na redução da mão de obra porque, mesmo com o aparecimento das grandes oficinas e fábricas, para obter determinado resultado na produção não era necessário tão grande número de operários. Verificaram-se movimentos de protesto e até mesmo verdadeiras rebeliões, com a destruição de máquinas, mas, posteriormente, com o desenvolvimento dos sistemas de comércio, em especial, com a adoção da máquina a vapor nas embarcações, estenderam-se os mercados, e, conseqüentemente, as indústrias se desenvolveram, admitindo um maior número de trabalhadores, mas seus salários eram baixos porque, com o antigo sistema de artesanato, cada peça custava muito mais caro do que com a produção em série.” JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa – **Direito do Trabalho**. p. 11.

⁶⁸ “Com apego à liberdade de contratar, valorizando a plena autonomia de vontade das partes, o capitalismo industrial trouxe consigo a exploração desmesurada da força de trabalho.” Idem – **Op. Cit.** p. 14.

patrões e empregados resultará no esmagamento da classe operária que passa a reivindicar melhores condições de trabalho⁷⁰.

Embora a Declaração de 1789 constitua o marco inaugural do constitucionalismo francês, é certo que seu objetivo explícito estava em proteger a propriedade e a liberdade, sem apresentar visivelmente uma preocupação com os direitos que futuramente se chamariam de direitos sociais. Acerca de tal assertiva corrobora Osvaldo Ferreira de Carvalho citado por Platon Neto “o primeiro documento histórico com maior significação no campo dos direitos sociais foi a Constituição Francesa de 1848, em que aparece, teorizado, de maneira mais direta, o caráter universal dos direitos sociais”⁷¹, segundo o autor na Carta de 1848 o artigo 13 elenca direitos sociais não manifestados nos textos das constituições até então existentes⁷².

No mesmo entendimento Ferreira Filho demonstra que estava explicitamente previsto na Carta Francesa de 1848 o direito ao trabalho ao assegurar que “por uma assistência fraternal, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando-lhes, à falta de trabalho, socorro àqueles que estão sem condições de trabalhar”⁷³, bem como o direito a educação ao reconhecer que caberia a

⁶⁹ “No fim do séc. XIX com o desenvolvimento da sociedade industrial iniciou-se um novo modelo de sociedade que se comumente denomina-se de sociedade de consumo. As indústrias diminuíram em quantidade, mas aumentaram em seu tamanho. O modo de produção também modificou, passando a ser organizado em categorias, nas quais, cada operário seria detento de apenas uma parte da produção. Esse modelo estabelecido culminou com o aumento da produção e barateamento do produto final. Por essa modificação da sociedade o modo de contratar se modificou. De um contrato pessoalizado, no qual, era possível se discutir as cláusulas contratuais, se passou a um modelo de contrato impessoalizado, massificado e objetivizado. O capitalismo avançou e o ato de contratar passou a ser cada vez mais rápido. Por essa velocidade nas contratações foi estabelecido um novo tipo contratual, qual seja, o contrato por adesão, no qual as cláusulas contratuais já estão previamente estabelecidas, bastando a uma das partes aderir ou não a esse contrato, ou seja, não se discute o conteúdo dessas cláusulas contratuais. O resultado dessa modificação é que o contrato passou a ser um instrumento de poder e de opressão. O Estado passa a ter que intervir nos contratos para que a própria lógica do capitalismo não fosse frustrada.” - ALMEIDA, Juliana Evangelista de - **A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato**. [Consult. 08/07/2017]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306>

⁷⁰ “A igualdade formal legalmente conferida a patrões e empregados em suas relações contratuais, com total liberdade para estipular as condições de trabalho, resultou no empobrecimento brutal das classes operárias. O agravamento das desigualdades sociais provocou a indignação dos trabalhadores assalariados, camponeses e das classes menos favorecidas que passaram a exigir dos poderes públicos não só o reconhecimento das liberdades individuais, mas também a garantia de direitos relacionados às relações de trabalho, à educação e, posteriormente, à assistência aos hipossuficientes.” NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**, p. 28.

⁷¹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **A Justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça**. p. 43.

⁷² “No mencionado texto constitucional, em seu artigo 13, verifica-se a garantia da “*liberdade do trabalho*”, o estímulo ao desenvolvimento do trabalho pelo “ensino primário gratuito, a educação profissional”, bem como a “assistência às crianças abandonadas, aos inválidos e aos idosos sem recursos e sem famílias que os possam ajudar”.” Idem – **Ibidem**.

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 62.

República “proteger o cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho, e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens”⁷⁴.

Outro importante documento que apresenta discussão sobre as questões sociais é a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, elaborada pelo Papa Leão XIII, segundo este documento, na análise de Platon Neto, o Papa admite que o trabalho é nobre, uma vez que honra o homem ao lhe permitir meios dignos de sustentar a família. Ademais, defende o pagamento de um salário condizente as necessidades dos trabalhadores e afirma que o Governo deve servir aos governados. Especificamente sobre os trabalhos nas fábricas condena as longas jornadas de trabalho alegando que o descanso deve ser proporcional a energia e força empregadas durante as jornadas de trabalho, e mais, censura o trabalho infantil alegando a necessidade de educação da criança⁷⁵.

Por todo o século XIX, o movimento operário reivindicou melhores condições de trabalho. Em 1864, uma reunião de trabalhadores de diversos países em Londres cria a Associação Internacional dos Trabalhadores com o intuito de possuírem uma luta comum, uma vez que estavam convencidos de que a classe operária não se restringia a uma única nação⁷⁶. Essa insatisfação da classe trabalhadora constitui a semente para a germinação dos direitos fundamentais sociais do século XX.

De fato, Bobbio assegura que o reconhecimento dos direitos sociais nas constituições foi resultado da mobilização não só dos trabalhadores assalariados, mas também de camponeses e despojados que enxergaram no Estado a possibilidade de assegurar tanto a liberdade pessoal quanto as liberdades negativas⁷⁷. Nessa esteira convém registrar que o modelo liberal terá suas estruturas abaladas com a crise econômica do século XIX que aguçará as querelas sociais e exigirá definitivamente a atuação estatal.

⁷⁴ Idem – **Ibidem**.

⁷⁵ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 43.

⁷⁶ “Em setembro de 1864, reúnem-se na capital inglesa aproximadamente cinquenta trabalhadores de diversos países e criam a Associação Internacional dos Trabalhadores (AIT). Esta entrará para a história como *A Internacional*. Após decidirem pela criação desta associação permanente, aprovam a ideia de uma luta comum, em seus países, pela redução da jornada de trabalho, sem fixar, ainda, uma meta única.” GIANNOTTI, Vito – **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. p. 36.

⁷⁷ “A consagração dos direitos sociais nas constituições surge como decorrência do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.” – BOBBIO, Norberto – **Op. Cit.** p. 5.

Nesse aspecto, faz-se imperioso registrar que a evolução do sistema capitalista resultou num excesso de produção de mercadoria nas fábricas, uma vez que não havia população com poder aquisitivo para consumi-las, já que o crescente número de trabalhadores substituídos por máquinas nas indústrias e a redução dos salários da classe trabalhadora não permitia tal consumo. A consequência dessa superprodução sem mercado consumidor foi a necessidade de conseguir mercados consumidores de países ainda não industrializados, especialmente nos continentes asiático e africano. É nesse contexto que surgirá o neocolonialismo, um dos fatores que desencadeará a Primeira Guerra Mundial⁷⁸.

1.4 Movimentos Constitucionais do século XX

O Primeiro conflito bélico do século XX deixará de legado para os direitos fundamentais sociais, principalmente, a criação da Organização Internacional do Trabalho/OIT que instituída na parte XIII do Tratado de Versalhes caracterizou-se por uma gestão composta por empregadores, trabalhadores e governo que almejavam o respeito recíproco nas relações trabalhistas⁷⁹. Percebe-se desse desejo em comum o envolvimento direto do Estado que se colocou como incentivador da proteção dos direitos sociais ao trazer

⁷⁸ Podemos interpretar os fatores que resultaram na eclosão da Primeira Guerra Mundial de duas formas. A versão mais utilizada pelos historiadores, influenciados pela visão leninista, trabalha que a guerra seria um “choque entre imperialismos”. Por este viés, configura-se uma profunda ênfase nas tensões interimperialistas. Outras análises, contudo, como a desenvolvida no livro *História das relações internacionais*, não ignoram a importância do neocolonialismo, mas ressaltam as modificações na estrutura política europeia após a unificação alemã como ponto de destaque dentro do contexto que antecede o conflito mundial. [...]. Ainda que alguns dos principais elementos deste período tenham origens no período de Bismarck – como o afastamento em relação ao Império Russo, o esboço de uma política imperialista e o fortalecimento da indústria pesada germânica – é com Graf von Caprivi que a promoção de uma política mundial alemã é incrementada. A insatisfação cada vez maior com suas poucas possessões ultramarinas faz com que o Império Alemão invista cada vez mais em sua Marinha, incrementando não somente as tensões interimperialistas, mas acirrando também os ânimos nacionalistas. ARAUJO, Daniel de – **História geral**. p. 116.

⁷⁹ “A instituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi prevista na parte XIII do Tratado de Versalhes e denotou “o anseio da sociedade internacional em ver respeitados determinados direitos sociais do trabalhador, o que seria alcançado com instituição de uma representação que albergasse todos os interesses envolvidos”, tendo, desde a sua gênese, uma concepção tripartite, e como alvo permanente a melhoria das condições de trabalho, concebendo este não como uma mercadoria, permitindo-se ainda queixas em relação a eventuais descumprimentos de obrigações assumidas pelos Estados-membros. Com a OIT, a “questão social – até então um tema exclusivo da política interna de alguns Estados que haviam iniciado a regulação da relação entre capital e trabalho – foi trazida ao centro da agenda internacional no imediato período do pós-conflito armado”. É a “mais antiga Agência Especializada das Nações Unidas. É a única com sistema tripartite de forma igualitária na construção de princípios e regras do direito trabalhista” formada por empregadores, trabalhadores e governos, o que revela seus aspectos plurais e democráticos.” AZEVEDO NETO, Platon Teixeira – **Op. Cit.** p. 96.

para a discussão internacional a necessidade de salvaguarda desses direitos no âmbito das Cartas internas dos países.

Embora, a criação da OIT contribua para a difusão dos direitos sociais, merecem destaques as constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, esta última conhecida como Constituição de Weimar, porque foram constituições pioneiras no reconhecimento e tutela dos direitos fundamentais sociais. Desse modo, consoante afirmação de Marcelo Novelino: “A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a incluir, ao lado dos direitos individuais e políticos, direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais”⁸⁰. Da simples leitura do artigo 5.º da Carta Mexicana observa-se que a consagração dos direitos trabalhistas vai desde a previsão do salário mínimo, idade mínima e limitação da jornada de trabalho a previsão da previdência social. Sobre essa Constituição, Manoel Gonçalves afirma que nela existia direitos do trabalhador e não ao trabalho, afirma ainda a influência dessa constituição nos textos constitucionais das demais nações foi mínimo⁸¹.

Por seu turno a Constituição de Weimar, proclamada em agosto de 1919, na sua segunda parte trata dos Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães. Desse histórico documento vale observar o Título II que consagra “A vida social”. Nesse sentido, cabe o registro de alguns desses direitos tutelados, a saber: artigo 19.º aponta para o reconhecimento e proteção do casamento⁸²; artigo 122.º resguarda a juventude⁸³; artigo 125.º instituirá o direito do voto⁸⁴ e no artigo 159.º garantiu-se a liberdade de associação⁸⁵. Conforme se constata da análise desses artigos, a Carta Alemã vai além do prestígio dos direitos fundamentais relacionados ao trabalho, o qual a época era uma das maiores inquietações da comunidade internacional, tanto é assim que a criação da OIT representou essa preocupação,

⁸⁰ NOVELINO, Marcelo – **Op. Cit.** p. 28.

⁸¹ “Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador.” - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 62.

⁸² “Art. 19.º O casamento, fundamento da vida familiar e da manutenção e crescimento da nação, está sob a proteção especial da Constituição. Baseia-se na igualdade jurídica de ambos os sexos. Compete ao Estado e aos municípios cuidar da pureza, saúde e melhoria da família. As famílias de prole numerosa têm direito à assistência que compense seus encargos.” – Idem – **Op. Cit.** p. 196.

⁸³ “Art. 122.º A juventude será protegida contra a exploração, bem como contra o abandono moral, espiritual ou corporal”. – Idem – **Ibidem**.

⁸⁴ “Art. 125.º São garantidos a liberdade e o sigilo do voto. As leis eleitorais ditarão as disposições complementares.” – Idem – **Op. Cit.** p. 197.

⁸⁵ “Art. 159.º Garantir-se-á a todos, e em todas as profissões, a liberdade de associação para a defesa e melhoria das condições de trabalho e econômicas. Todos os acordos e medidas que pretendam restringir ou impedir esta liberdade são contrários ao direito.” – Idem – **Op. Cit.** p. 204.

procura a consagração de direitos sociais, o qual teria o seu coroamento com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Em tempo, no âmbito do direito português vale salientar que a Constituição Portuguesa de 1933 embora tenha sido produto de um processo democrático tendencioso, buscou seguir os ditames internacionais de equilíbrio das relações de trabalho, uma vez que em seu Título VIII, especialmente no Artigo 31.º elenca os objetivos do Estado ao regular a vida econômica e social dos portugueses, o qual será alcançado por meio do “equilíbrio da população, das profissões, dos empregos, do capital e do trabalho”⁸⁶. Do mesmo modo, o Estado coloca-se “defensor da economia nacional face as explorações agrícolas, industriais e comerciais de caráter parasitário ou incompatíveis com os interesses superiores da vida humana”⁸⁷. Como se nota, a parte final desse objetivo já coloca a vida humana em situação superior a qualquer outro direito, depreendendo-se desse diploma legal que a situação de disparidade, submissão e exploração da classe trabalhadora não será mais aceito.

Por sua vez, a Constituição Brasileira de 1934 no seu Título III estabeleceu a declaração de direitos que consagrou os direitos e garantias individuais e direitos políticos. Em seu bojo, no artigo 108.º é possível constatar a universalização do voto, exigindo-se apenas a idade mínima de 18 anos. É importante registrar que o voto feminino até a Constituição de 1934 não era permitido. A Carta brasileira de 1934 ficou conhecida pela inspiração na Constituição de Weimar e pelo reconhecimento de direitos sociais, a saber: instituição da justiça do trabalho (artigo 122.º); a proteção social do trabalhador com proibição do trabalho infantil, limitação da jornada diária de trabalho, repouso semanal e férias remunerados, indenização para trabalhadores demitidos sem justa causa, assistência médica e dentária, proteção a maternidade, instituição da previdência social, igualdade salarial para um mesmo trabalho (artigo 121.º).

Com efeito, é certo que os textos jurídicos não se limitam a reunião de normas sem ponderar o contexto social, sendo assim, para a proteção da realidade social deve-se considerar tanto o direito positivado quanto o socialmente vivenciado. Acerca de tal tema, Bobbio defende “que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de

⁸⁶ MIRANDA, Jorge – *As Constituições Portuguesas*, p. 196.

⁸⁷ Idem – *Ibidem*.

novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁸⁸.

No mesmo sentido Del Vechio mencionado por Platon Neto afirma “não podemos nos limitar exclusivamente ao estudo do direito positivo, porque, de tal maneira, chegaríamos a renegar nossa própria consciência, a mutilá-la pois a privaríamos da investigação do justo como puro ideal”⁸⁹, já que “a escravidão, o extermínio dos judeus, as limitações aos direitos políticos das mulheres e outras aberrações estiveram amparadas por normas, o que denota a incorreção de uma análise meramente positivista do Direito”⁹⁰.

1.5 Leitura Constitucional Contemporânea

Em linhas gerais, considerando-se o fim da Segunda Guerra Mundial, e a consequente revelação das atrocidades e desrespeitos aos seres humanos realizados, tem-se o convencimento que é preciso muito mais que um direito consagrado nas cartas internas dos países, é preciso o acesso efetivo aos de direitos no plano internacional e comum a todas as nações. E é nesse contexto que haverá tanto a criação da Organização das Nações Unidas/ONU, em 1945, e mais adiante, em 1948, a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem/DUDH⁹¹. Importante ressaltar que a DUDH “se trata de um texto elaborado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos, emanção do Conselho Econômico e Social da ONU”⁹² e que buscou adaptar o pensamento jurídico das diversas nações de forma a respeitar as diferenças culturais, religiosas, sociais e políticas⁹³ pautadas no princípio da

⁸⁸ BOBBIO, Norberto – **Op. Cit.** p. 5.

⁸⁹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 29.

⁹⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 30.

⁹¹ “A Declaração não é tecnicamente um tratado, pois não passou pelos procedimentos tanto internacionais como internos de celebração de tratados. Seria, a priori, somente uma “recomendação” das Nações Unidas, adotada sob a forma de *resolução* de sua Assembleia Geral, a consubstanciar uma ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos. Mas apesar de não ser um tratado *stricto sensu*, pois nascera de *resolução* da Assembleia Geral da ONU [...], o certo é que a Declaração Universal deve ser entendida, primeiramente, como a interpretação mais *autêntica* da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” [...]. Em segundo lugar, é possível (mais que isso, é *necessário*) qualificar a Declaração Universal como norma de *jus cogens* internacional [...]. Para nós, a Declaração Universal de 1948 *integra* a Carta da ONU, na medida em que passa a ser sua interpretação mais fiel, o que tange à qualificação da expressão “direitos humanos e liberdade fundamentais”. Daí o motivo de a Declaração de 1948 ser referida em todo o mundo, ao longo de mais 60 anos de sua adoção, como um código ético universal de direitos humanos.” AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 87.

⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Op. Cit.** p. 109.

⁹³ “Não constitui uma simples “amplificação” de textos nacionais, em nível mundial, mas, sim uma “adaptação” desses textos num contexto pluricultural, heterogêneo e dividido. Assim, a DUDH respeita a necessidade de se

dignidade da pessoa humana.

Em verdade, antes das revelações estarrecedoras dos crimes cometidos durante a Segunda Guerra mundial, sobressaía no direito internacional o princípio do “*domestic affair*”, o qual regulava as relações formais entre os Estados, sendo que cada indivíduo ficava exclusivamente na tutela do Estado ao qual pertencia, cabendo apenas aos outros Estados, quando se defrontavam com questões ofensivas ao direito fundamental, a via diplomática. Sendo assim, a instituição de diplomas internacionais sobre direitos fundamentais veio para salvaguardar a fruição desses direitos por todos os indivíduos⁹⁴.

Outrossim, da análise principiológica que guiou a redação da DUDH é possível concluir que a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio norteador de influência à garantia dos direitos fundamentais, nesse sentido Ronnie Preuss Duarte explica que “o valor serve de fundamento a inúmeros direitos constitucionalmente assegurados, fruto da preocupação em evitar a sobrepujança dos valores do Estado, que poderiam, eventualmente, elevar-se às pessoas, que são a sua verdadeira razão de existir”⁹⁵.

Depreende-se que o valor da pessoa humana é objetivo da atividade do Estado uma vez que “a pessoa humana é o fim último e o núcleo legitimador do Direito, já que o ‘o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa’. A noção de ética de pessoa, na condição de inquestionável fim do direito, reclama a proteção da respectiva dignidade”⁹⁶. Inclusive a esse respeito, Vieira de Andrade assevera que “muitos autores reconhecem à Declaração Universal dos Direitos do Homem o valor de costume internacional ou de princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas, considerando-se até alguns dos seus preceitos como de ‘*jus cogens*’”⁹⁷.

dirigir a bilhões de pessoas, de várias culturas, religiões e tradições sociais, bem como observa os anseios das instituições políticas diferentes.” - AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 87.

⁹⁴ “Predominava sem discussão o princípio do “*domestic affair*” ou da não-ingerência, que limitava o direito internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal. A situação dos indivíduos era definida e protegida pelo Estado da nacionalidade, sem que os outros Estados tivessem legitimidade para intervir. A defesa além-fronteiras dos indivíduos resumia-se à proteção diplomática ou à celebração de acordos inter-estaduais, não se admitindo a intervenção unilateral senão em casos excepcionais, em nome de princípios de humanidade. No entanto, à medida que as fronteiras foram abrindo, a esfera de relevância internacional foi-se alargando e hoje já se sustenta que o gozo efectivo, pelos cidadãos de todos os Estados, de certos direitos fundamentais é uma *questão de direito internacional*.” ANDRADE, José Carlos Vieira - **Op. Cit.** p. 20.

⁹⁵ DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça: Direitos processuais fundamentais**. p. 83.

⁹⁶ Idem – **Ibidem**.

⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Op. Cit.** p. 20.

Platon Teixeira apoiado em Bobbio, afirma a Declaração de 1948 como *universal e positiva*. A primeira característica, baseia-se “no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens”. Já a segunda característica baseia-se “no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até contra o próprio Estado que os tenha violado”⁹⁹.

Com efeito, é imperioso destacar que no contexto da edição da DUDH houve a necessidade de fazer a distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais. Assim, na consoante posição de Canotilho “os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) arrancados da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal”¹⁰⁰, enquanto que “os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente, objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹⁰¹. Assevera ainda Canotilho que “a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade”¹⁰².

Já para José de Melo Alexandrino, os direitos do homem “são direitos puramente morais; não são necessariamente positivados; apresentam uma pretensão de vinculatividade universal; são direitos abstractos; podem, em certos casos e para certos efeitos, ser concebidos como fins ou como programas morais de reforma ou de acção política”¹⁰³, enquanto que os direitos fundamentais são “sempre direitos jurídicos; previstos na Constituição, vinculam sobretudo o Estado, no âmbito de uma ordem jurídica concreta, situada no espaço e no tempo;

⁹⁸ “Como é sabido, o conceito de *jus cogens* permanece envolto em alguma ambiguidade. Mas inclui um mínimo de proteção da vida, liberdade e segurança, no âmbito das liberdades pessoais, e o direito à autodeterminação como direito básico da democracia. Como patamar superior da ideia de direito internacional peremptório entende-se a transformação deste direito em *parâmetro de validade* das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 1371.

⁹⁹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 89

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 393.

¹⁰¹ Idem – **Ibidem.**

¹⁰² Idem – **Op. Cit.** p. 394.

¹⁰³ ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais: Introdução Geral.** p. 38.

incorporam tradicionalmente garantias jurídicas concretas e delimitadas, e necessitam sempre de determinados mecanismos de garantia jurisdicional”¹⁰⁴.

Em suma, justifica-se os direitos do homem como aqueles surgidos ou por uma concepção anterior e maior ao direito positivo, ou por uma concepção mais ordinária de reconhecimento pelas normas de direito internacional dos direitos inerentes a pessoa humana¹⁰⁵. Por outro lado, se percebe a concepção de direitos fundamentais remete a ideia de reconhecimento pelas cartas constitucionais em âmbito nacional e de sistemas internacionais de proteção e garantia aos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, sobre a adesão de Portugal e Brasil ao arcabouço de direitos fundamentais (designação genérica que inclui os direitos sociais) importa registrar que no âmbito português a consagração desses direitos vai desde a inclusão na Constituição da República Portuguesa as regras imanescentes a União Europeia, passando pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre os Direitos Cívicos e Políticos, e sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Ao passo que o Brasil além de consagrar na sua Constituição de 1988 também estabelece o dever de observância as convenções e pactos ratificados pelo Estado brasileiro.

Nessa linha, de acordo com a leitura tanto do artigo 8.º, n. 1 que estabelece que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”¹⁰⁶, quanto do artigo 8.º, n. 2 no qual consta que “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”¹⁰⁷, é possível evidenciar o reconhecimento no direito português às normas de direito internacional.

¹⁰⁴ ALEXANDRINO, José de Melo – **Op. Cit.** p. 38.

¹⁰⁵ “O fundamento e o elenco dos direitos do homem ou são descobertos por via de uma ordem anterior e superior ao próprio Direito positivo (constituída pelo conjunto de *normas ideais deduzidas da natureza humana* ou por um conjunto de *princípios jurídicos fundamentais*, sejam eles criados por Deus, revelados pela razão humana ou de alguma forma objectivados pela consciência jurídica comunitária) ou, mais prosaicamente, por via das normas do Direito internacional. Pode por isso dizer-se que, em termos práticos, *os direitos do homem são os direitos da pessoa humana reconhecidos pelas normas de Direito internacional em vigor* (por normas de costume, de tratados ou por princípios de Direito internacional) – Idem – **Op. Cit.** p. 36.

¹⁰⁶ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, p. 26.

¹⁰⁷ Idem – **Ibidem.**

Na seara dos direitos fundamentais, o artigo 16.º, n. 1 disciplina que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional”¹⁰⁸, desse diploma legal é interessante fazer sua correlação com o espírito do neoconstitucionalismo, porquanto a intenção de não permitir mais que Cartas internas justifiquem atrocidades e/ou ofensas aos direitos fundamentais é vedado por meio desse artigo da Constituição Portuguesa, já que os direitos fundamentais nela garantidos não excluirá as regras aplicáveis ao direito internacional.

Como se nota, mesmo que o direito interno português tente contrariar os preceitos fundamentais, não será possível por imposição expressa elaborada pelo Poder Constituinte Originário que desde logo definiu a garantia de proteção aos direitos fundamentais ao dispor no artigo 16, n. 2 que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”¹⁰⁹.

Em tempo, é imperioso anotar que as Declarações de Direitos embora tenham surgidas sem força coercitiva não podiam ser reduzidas a meros ideais, pois aos Estados-membros da Organização das Nações Unidas havia o compromisso de assegurar o mínimo necessário. Desse modo, no ensejo de dar maior efetividade, bem como conquistar a observância obrigatória pelos Estados-membros, surgiu a necessidade da celebração de Pactos Internacionais. Sendo assim, instituiu-se os Pactos de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹¹⁰. Nesse sentido, Platon Teixeira de Azevedo Neto sustentado em Bárbara Monduzzi explica que “a obrigatoriedade de determinada norma depende muito mais do interesse aliado à força de determinado ente estatal ou representante da sociedade internacional do que de um ordenamento internacional instituído”¹¹¹.

¹⁰⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, p. 30.

¹⁰⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 31.

¹¹⁰ “Em razão disso, as Declarações de Direitos não devem ser concebidas como meros ideais. Isso porque existe a obrigação dos Estados-membros da ONU de realizarem um mínimo existencial, independentemente dos demais compromissos que tenham assumido. Assim, a despeito de ter sido adotada com caráter não vinculante, houve disposição, à época da DUDH, de se granjear atributo compulsório ao Pacto com mecanismos de exigibilidade. Todavia, esse objetivo somente foi atingido dezoito anos depois, em 1966, com os Pactos de Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 89.

¹¹¹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **Op. Cit.** p. 103

Em seguida, em apreciação ao Sistema Europeu de reconhecimento e proteção dos direitos sociais importa mencionar a existência de seis normas, a saber: Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950; Carta Social Europeia, de 1961; Resolução do Conselho e dos representantes dos governos dos Estados-membros relativa à luta contra o racismo e a xenofobia, de 1990; Resolução do Parlamento Europeu sobre o respeito aos direitos do homem na União Europeia, de 1997; Diretiva 2000/43, de junho de 2000 e Cartas dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de dezembro de 2000.

Por sua vez, acerca do Sistema Interamericano de reconhecimento e proteção dos direitos sociais insta mencionar os dispositivos: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem, de 1948; Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; Protocolo de San Salvador, de 1988.

Importante mencionar que no âmbito europeu, a partir da aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais pelo Conselho da União Europeia, os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos dos cidadãos, sendo assim, aquele que tiver o seu direito subjetivo violado poderá recorrer a órgãos comunitários para requerer o cumprimento do direito. Já no âmbito do direito americano, cabe a Convenção Inter-Americana dos Direitos do Homem, comumente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, receber as reclamações a respeito do descumprimento as garantias processuais referentes aos direitos fundamentais¹¹².

Pelas lições de Flávia Piovesan “dos sistemas regionais, é o europeu o que traduz a mais extraordinária experiência de justicialização de direitos humanos, por meio da atuação da Corte Europeia. Isto é, o sistema europeu não apenas elenca um catálogo de direitos, mas institui um sistema inédito que permite a proteção judicial dos direitos e liberdades nele previstos”¹¹³.

Em última análise, vale registrar as garantias constitucionais de Portugal e Brasil na seara dos direitos fundamentais. Nessa linha, a Constituição da República Federativa do Brasil elenca no artigo 5.º os direitos fundamentais relativos aos direitos individuais e

¹¹² “Uma das que de maneira decisiva contribui para esse consenso é justamente o reconhecimento pelos Estados do acesso *directo* a instancias internacionais por parte de nacionais seus que se considerem afectados no gozo de direitos consagrados em convenções internacionais de que são signatários – sobretudo quando esse recurso se faz para um tribunal e se releva, não obstante a ausência quase completa de meios de coerção, extremamente efectivo.” – ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Op. Cit.** p. 21.

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. p. 128.

coletivos, associados a concepção de pessoa humana, bem como a sua personalidade. Inclui-se nesse leque de direitos: a dignidade, a liberdade, a vida, a igualdade, dentre outros.

Convém mencionar que os direitos fundamentais sociais, ramo específico do presente estudo, está disciplinado no art. 6.º da Carta Magna Brasileira, nessa esteira, na leitura do mencionado dispositivo legal é constatado expressamente a busca pela igualdade social com vistas a melhoria da condição de vida dos menos favorecidos, por meio da consagração de direito à: saúde, trabalho, educação, previdência social, proteção a maternidade e a infância, segurança, lazer, dentre outros.

Como se não bastasse o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais o legislador originário, ainda previu no artigo 60.º, §4.º (Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.), conhecido como cláusulas pétreas, esta que por sua vez detém as matérias vedadas a alteração pelo Poder Constituinte Derivado. Em verdade, a intenção do legislador originário foi resguardar o núcleo de direitos essenciais contra alterações que visasse diminuir ou anular a consagração desses direitos na Constituição. Desse modo, compreende-se que alterações que aperfeiçoe ou maximize esse núcleo de direitos essenciais é plenamente possível, conforme instrução de Marcelo Novelino¹¹⁴. Ademais, de acordo com o §1.º do artigo 5.º da Constituição Brasileira, o qual estabelece “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Por último, faz-se imperativo citar que a Constituição da República Portuguesa, conforme já visto, além de reconhecer os direitos fundamentais no plano internacional, também consagrou no seu direito interno. Nesse sentido, a Parte I da Carta Magna Portuguesa é toda dedicada aos direitos e deveres fundamentais, consagrando-se: no Título I, os Princípios Gerais; no Título II, os Direitos, Liberdades e Garantias; no Título III, os Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais.

¹¹⁴ “Desde a Constituição Republicana de 1891, todas as constituições brasileiras que instituíram limites a reforma constitucional utilizaram a fórmula “tendente a abolir”. Essa expressão deve ser interpretada no sentido de proteger o *núcleo essencial* de direitos, princípios e institutos, e não como a impossibilidade de qualquer tipo de alteração do dispositivo. A Constituição não veda a reforma que busque o aperfeiçoamento, mas sim uma alteração supressiva ou redutora de sua essência, capaz de afetar a identidade constitucional.” – NOVELINO, Marcelo – **Op. Cit.** p. 68.

A esse respeito, Jorge Reis Novais destaca as dificuldades do legislador constituinte português acerca da sistematização dos direitos sociais na Constituição Portuguesa, pois após uma estruturação fatigante entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais acaba por relativizar essa estruturação ao estender a aplicação do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias aos direitos análogos apresentados por toda a Constituição¹¹⁵.

Ainda de acordo com Jorge Reis Novais “a Constituição portuguesa acolhe um longo elenco de direitos sociais e, [...], em todos os enunciados normativos, após a consagração lapidar do direito, enuncia um conjunto de deveres de realização que cabem ao Estado, designadamente no âmbito da dimensão positiva de prestações de carácter fáctico ou normativo”¹¹⁶.

No mesmo sentido, Canotilho adverte que “Do facto de a Constituição ter feito um esforço sistematizador, tornando mais extenso e completo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, não está excluído que alguns dos direitos económicos, sociais e culturais, possam ser configurados como direitos de ‘natureza análoga’ aos direitos, liberdades e garantias”¹¹⁷. Dessa maneira, almejando o objetivo deste trabalho, a partir do próximo capítulo será analisado o rol dos direitos fundamentais sociais, bem como a sua efetividade.

¹¹⁵ “De resto, as dificuldades que teria um legislador constituinte para proceder a uma distinção adequada estão bem patentes na nossa Constituição, onde, após se chegar a uma sistematização aparentemente exaustiva e conclusiva entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais (respectivamente os títulos II e III da parte I da Constituição), imediatamente se relativiza essa sistematização quando, através do art. 17º, se faz aplicar o “regime próprio” dos direitos, liberdades e garantias aos (direitos, liberdades e garantias) constantes do título II (e supõe-se, assim, que só a esses e não a todos os direitos constantes desse título), bem como aos chamados “direitos análogos” constantes de outras partes da Constituição, pelo que, para o que nos importa – que é, afinal, a questão do respectivo regime jurídico -, o texto da Constituição e a sua pretensa distinção classificatória sejam muito menos assertivos e definitivos do que aquilo que deles resultaria numa leitura menos problematizante e crítica”. NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. p. 50.

¹¹⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 56.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 403.

Capítulo II: A viabilização dos direitos fundamentais sociais por meio dos Poderes da República.

2.1 O surgimento dos Poderes Republicanos

Para compreender a atuação dos Poderes da República é indispensável entender não só a origem de cada Poder, mas também os objetivos que os regem. Nessa esteira, não é demais lembrar que os poderes republicanos surgem no contexto doutrinário da Revolução Francesa, cujo seu maior expoente foi o iluminista Charles Louis de Secondat, conhecido como Montesquieu.

Como se sabe, Montesquieu consagrou-se com a teoria da Separação dos Poderes, habilmente desenvolvida na obra “O Espírito das Leis” conforme pode ser percebido em

trecho da referida obra “tudo estaria perdido se o mesmo indivíduo ou a mesma coletividade de principais, ou de nobres, ou do povo, exercessem, acumuladamente, esses três poderes: o de legislar, o executivo e de julgar os crimes e desavenças entre os particulares”¹¹⁸.

Com efeito, para demonstrar que o ideal de organização do Estado é por meio da separação dos poderes, Montesquieu utiliza o exemplo da Itália que com os poderes reunidos não possui a mesma liberdade que as monarquias¹¹⁹.

Nessa linha, explica o referido autor que “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo acha-se reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca, ou o mesmo senado, elaborem leis drásticas para executá-las tiranicamente”¹²⁰. Como se vê, ao justificar a necessidade de o Poder Executivo está desvinculado do Poder Legislativo, Montesquieu afirma que a liberdade fica prejudicada quando esses poderes estão reunidos, porque caso as leis sejam elaboradas pelo mesmo Poder, elas podem ser radicais e aplicadas de forma opressora.

Por sua vez, o mesmo autor ao argumentar a necessidade de independência do Poder Judiciário, justifica que quando há junção de poderes não há liberdade, conforme se extrai do trecho a seguir “Também não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: porque o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”¹²¹.

Na aludida obra, também é possível constatar a ideia de representação do povo associada ao Poder Legislativo, posto que Montesquieu sugere para o indivíduo que se considera livre ter o poder de se conduzir e por conseguinte poder expor suas ideias junto ao Poder Legislativo e assim exercer a sua participação na sociedade. Ocorre que a participação popular nos grandes Estados se mostra impossível e nos pequenos Estados inconvenientes,

¹¹⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat – **O Espírito das Leis**. p. 45.

¹¹⁹ “Nas repúblicas da Itália, onde esses três poderes estão reunidos, a liberdade existe menos do que em nossas monarquias. Por isso, o governo precisa empregar, ali, processos tão violentos quanto os que usam os turcos: testemunha disso são os inquisidores do Estado, e o tronco onde todo delator pode, a qualquer momento, deixar o bilhete da sua acusação. Calcule qual seja a situação de um indivíduo em tal república. O mesmo corpo de magistrado tem, como executor das leis, todo o poder que a si mesmo se deu – na qualidade de legislador. Por isso; pode arruinar o Estado pela sua vontade geral e deliberada, e como tem ainda o poder de julgar, pode destruir cada cidadão pela vontade particular de cada um dos seus membros.” Idem – **Op. Cit.** p. 46.

¹²⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 45.

¹²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat – **Op. Cit.** p. 45.

por isso o povo passa a ter representantes no legislativo¹²². Nesse sentido, a ideia de representação popular é reforçada por Montesquieu ao afirmar que “A grande vantagem dos representantes consiste em possuírem capacidade para discutir os negócios públicos. O povo não se acha habilitado para tal, e essa constitui uma das maiores fraquezas das democracias”¹²³.

No mesmo sentido, demonstrando a criação do Poder Legislativo por meio da representação popular, Montesquieu afirma que “O corpo de representantes não deve ser escolhido para tomar qualquer resolução ativa, coisa que ele não faria bem, mas para elaborar leis, ou para ver se foram bem executadas, no que é exímio e ninguém o excede”¹²⁴. Como se nota, os representantes do povo são destinados para legiferar e fiscalizar a atuação dos demais poderes¹²⁵ e o fazem da melhor forma quando trabalham em conjunto com outros indivíduos, “já que nas coisas pertinentes ao poder legislativo, tudo é melhor ordenado quando colaboravam vários indivíduos”¹²⁶.

Além disso, a liberdade estaria ameaçada caso o Poder Legislativo não se reunisse com frequência, porquanto ou o Estado tornara-se absoluto ou anarquista. O primeiro caso, aconteceria porque o Poder Executivo passaria a tomar as decisões pelo Legislativo, já o segundo caso desenvolver-se-ia porque sem a atuação dos representantes do povo que se faz por meio do Poder Legislativo, o Estado incorreria em caos típico da anarquia¹²⁷.

Por sua vez, Montesquieu defende que o Poder Executivo deve ser desempenhado por um único indivíduo, uma vez que para essa função exige-se rápida resposta as questões do Estado, o que não seria possível quando várias pessoas estão na administração¹²⁸. Além disso,

¹²² “Como, em cada Estado livre, todo indivíduo que se considera livre deve ser governado por si mesmo, seria preciso que todo o povo tivesse o poder legislativo; mas, como isso é impossível nos grandes Estados, e exposto a inúmeros inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça por meio dos seus representantes aquilo que ele não pode fazer por si mesmo.” ¹²² Idem – **Op. Cit.** p. 48.

¹²³ Idem – **Ibidem.**

¹²⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 49.

¹²⁵ “Mas se, em um estado livre, o legislativo não deve vetar a ação do executivo, compete-lhe, no entanto, examinar e controlar a aplicação das leis que elabora; e é essa a vantagem que tais governos apresentam sobre aqueles de Creta e Lacedemônia, onde os cosmes e os éforos não prestavam contas a ninguém”. Idem – **Op. Cit.** p. 51.

¹²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat – **Op. Cit.** p. 50.

¹²⁷ “Se o corpo legislativo permanecesse por longo tempo sem se reunir, perigaria a liberdade. Porque, nesse caso, de duas coisas uma se daria: ou não haveria uma mais resoluções legislativas, e o Estado cairia na anarquia, ou essas resoluções seriam tomadas pelo poder executivo, que, por esse meio, se tornaria absoluto.” Idem – **Ibidem.**

“O poder executivo, deve participar da legislação pela sua faculdade de vetar: sem o que, ele seria logo despojado das suas prerrogativas. Mas se o poder legislativo participa da execução, o poder executivo estará igualmente perdido”¹²⁹.

Nessa linha, a titularidade do poder pelo povo fica evidenciado quando Montesquieu demonstra a possibilidade de mudança dos representantes do povo, isto é, dos membros do legislativo. Caso não houvesse a probabilidade de troca do legislativo, o povo quando ficasse insatisfeito com as ações tomadas pelos seus representantes ou se rebelaria ou os desprezaria¹³⁰, sendo qualquer uma das alternativas bastantes danosas para a democracia.

Com efeito, Montesquieu convenceu por meio da análise da organização de vários Estados – destacando em seus estudos a razão de sucesso ou fracasso no modelo de organização adotado por algumas nações – que para melhor atuação do Estado, os poderes deveriam ser exercidos por corpos diferentes, uma vez que seria possível que esses poderes trabalhando separadamente alcançassem sua independência, sem, contudo, se sobrepor aos demais.

2.2 Os Poderes Republicanos em Portugal: início e consolidação da Separação dos Poderes em Portugal.

A princípio, insta notar que a Constituição Vintista, em seu bojo já consagrava o princípio representativo conforme se extrai da leitura do artigo 26.º “A soberania reside essencialmente em a Nação. Não pode, porém, ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos. Nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública, que se não derive da mesma Nação”¹³¹ e do artigo 32.º “A Nação portuguesa é representada em Cortes, isto é, no ajuntamento dos Deputados, que a mesma Nação para esse fim elege com respeito à povoação de todo o território português”¹³².

¹²⁸ “O poder executivo deve ser confiado às mãos de um monarca, porque esse ramo do governo, que tem necessidade de uma ação pronta e momentânea, é melhor administrada por um do que por vários.” Idem – **Ibidem**.

¹²⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 53.

¹³⁰ “Quando o corpo legislativo se renova, o povo, que, muitas vezes, tem motivos de queixa contra os atuais representantes, volta as suas esperanças para os novos que vai escolher. Já, si não mudasse o legislativo, o povo, vendo-o corrompido, ou se rebelaria cheio de cólera, ou cairia no extremo oposto: da indiferença ou indolência.” Idem – **Op. Cit.** p. 51.

¹³¹ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 35.

Como se nota, a representação do povo ocorria por meio das Cortes, a qual era titular do exercício do Poder Legislativo, nos termos dos artigos 102.º e 103.º do documento de 1822. Nessa esteira, o princípio representativo apresentava-se no Poder Legislativo o qual incumbia “além da competência política (tomar juramento do rei, reconhecer ao sucessor da coroa, eleger a regência, aprovar os impostos etc.) ao poder legislativo incumbia naturalmente a função legislativa e o controlo político da constitucionalidade e da legalidade”¹³³.

Outrossim, da análise dos artigos 29.º e 30.º da Constituição de 1822, verifica-se a existência do princípio da separação dos poderes, consoante redação do artigo 30.º¹³⁴, percebe-se que os poderes são instituídos de forma independente, porém, ainda, sem a consagração da harmonia entre eles.

Segundo o texto do artigo 29.º da Carta de 1822 “O Governo da Nação portuguesa é a monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais que regulem o exercício dos três poderes políticos”. Como se vê, com a consagração do princípio da separação dos poderes no documento Vintista é notório, consoante afirmação de Canotilho citando Joaquim de Carvalho, que a afirmação tão clara destes princípios na Constituição de 1822 iniciou não só a tradição constitucional democrática, mas também a tradição republicana¹³⁵.

Em seguida, na análise da Constituição de 1826 constata-se que no artigo 11.º dispõe sobre os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Reino de Portugal, a saber: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial¹³⁶. Já a Carta de 1838, informa no seu artigo 34.º que os poderes políticos são o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário. Além disso, expressamente é consagrado o princípio da separação de poderes no

¹³² Idem – **Op. Cit.** p. 37.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 132.

¹³⁴ “Estes poderes são legislativo, executivo e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (artigos 110.º, 111.º e 112.º). O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O Terceiro está nos Juizes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro.” MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 36.

¹³⁵ “A afirmação tão clara destes princípios levou alguns autores a afirmar que a Constituição de 1822 iniciou não só a tradição constitucional democrática, mas também a tradição republicana. Joaquim de Carvalho há já alguns anos que o acentuou: [os vintistas] “anunciaram em Portugal pelas intenções, pelas leis e pelos actos, as ideias essenciais da democracia – soberania da Nação, respeito da personalidade individual e igualdade jurídica – aquelas, porventura, de uma forma mais substantiva que esta embora pela primeira vez se proclamasse em língua portuguesa ser a lei igual para todos”; “a constituição política de 1822 foi estruturalmente republicana; da monarquia conservava apenas o símbolo: a coroa”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 130.

¹³⁶ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 93.

seu artigo 35.º que assim estabelece “Os poderes políticos são essencialmente independentes: nenhum pode arrogar as atribuições do outro”¹³⁷.

Por seu turno, a Constituição de 1911 em seu artigo 6.º consagra a independência e harmonia dos poderes ao afirmar que “São órgãos de Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial independentes e harmónicos entre si”¹³⁸. Em outras palavras, de acordo com a lição de Canotilho, “conclui-se, e a doutrina assim o entendeu, que se visava fundamentalmente uma independência funcional (o “legislativo é independente quando legisla, o executivo quando administra, o judicial quando julga”)¹³⁹. Ou seja, a independência reside apenas nas suas funções típicas, devendo a harmonia prevalecer no exercício das funções atípicas (legislativo quando julga, executivo quando legisla, judiciário quando administra), quanto a este último será mais adiante melhor analisado.

Na Constituição de 1933, na parte II destinada a organização política do Estado, no título I, especificamente no artigo 71.º define-se que “a soberania reside na Nação e tem por órgãos o Chefe de Estado, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais”¹⁴⁰.

Por sua vez, o texto constitucional de 1976, instituiu um amplo catálogo de direitos fundamentais com o intuito não só de organizar o Estado Português, mas também estabelecer as tarefas fundamentais do Estado, uma vez que estabeleceu normas-tarefa e normas-fim¹⁴¹.

Com efeito, é importante ressaltar que na atual versão da Constituição da República Portuguesa, na parte III que trata da Organização do Poder Político, no artigo 111.º estabelece a separação e interdependência dos órgãos de soberania, este que por sua vez é composto pelo Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e Tribunais, conforme artigo 110.º do texto de 1976. Nesse sentido, compreender a atuação dos Poderes da República, por

¹³⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 132.

¹³⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 165.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 171.

¹⁴⁰ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 205.

¹⁴¹ “A constituição da Republica de 1976 é uma constituição programática porque contem numerosas *normas-tarefas e normas-fim* (ex.: art. 9 e 80) definidoras de programa de ação e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples *instrumento de governo*, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e a definição de competências e procedimentos da acção dos poderes públicos. A ideia de “programa” associava-se ao carácter dirigente da constituição. A Constituição comandaria a ação do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas. Hoje, em virtude da transformação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da *sociedade estatal* do que a função de um direito dirigente do centro político.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 218.

meio dos órgãos de soberania, diante dos direitos fundamentais sociais prestacionais é o objetivo a seguir.

2.3 O texto constitucional de 1976.

2.3.1 O Princípio da Separação e Interdependência.

Antes de qualquer outra análise, é preciso destacar que Portugal adota o regime semi-presidencialista, que na lição de Canotilho consiste “Tal como no regime parlamentar, onde existe um conselho de ministros, presidido por um chefe de governo, com autonomia institucional e competência própria, e ao contrário do regime presidencialista puro, em que os ‘secretários de estado’ não formam um corpo autónomo sendo meros executantes da política do Presidente da República”¹⁴². Com efeito, o que de fato caracteriza o regime como presidencialista é, dentre outras questões, o fato: de possuir um conjunto de poderes institucionais conferidos ao Presidente da República, a existência de um direcionamento político ativo, bem como a desnecessidade de referenda ministerial em vários atos presidenciais.

Por sua vez, a característica do regime parlamentar advém de dimensões como a dupla responsabilidade governamental, pela qual embora seja de incumbência do Presidente da República escolher o Primeiro Ministro, ele deve observar os resultados das eleições, uma vez que o Primeiro Ministro deve gozar de confiança perante a Assembleia da República. Ademais, é de se observar também que o Presidente da República não possui iniciativa legislativa, cabendo a Assembleia da República tal finalidade.

Em seguida, é importante registrar que o texto constitucional de 1976 “não utiliza a palavra poderes para designar os órgãos do Estado. Fala em poder político, mas, diversamente de outras constituições portuguesas não menciona poderes do Estado. Alude, assim, a órgãos de soberania”¹⁴³. Nesse sentido, embora a Constituição não utilize a expressão poderes do Estado, utiliza a sua fórmula “para significar os complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções ditas “supremas”, mas separados e interdependentes entre si”¹⁴⁴.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 599.

¹⁴³ Idem – **Op. Cit.** p. 543.

¹⁴⁴ Idem – **Ibidem.**

Nessa linha, consoante disposto no artigo 111.º da Constituição Portuguesa, os órgãos de soberania devem observar a separação e interdependência estabelecidos na Constituição. Em seguida, na dicção do artigo 110.º/2 tem-se que “A formação, a composição, a competência e o funcionamento dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição”¹⁴⁵, inclusive a esse respeito relaciona-se o princípio da imputação da responsabilidade, o qual é indispensável no Estado de direito democrático identificar os agentes e a responsabilidade de seus atos¹⁴⁶.

Por seu turno, não é demais lembrar que também se relaciona com o princípio da separação e interdependência tanto o princípio da indisponibilidade das competências quanto o princípio da tipicidade de competências. Pelo primeiro, as atribuições decorrentes da constituição não podem ser repassadas para órgãos diversos daquele estipulado na Constituição. Já pelo segundo, as atribuições dos órgãos constitucionais, estão estabelecidos expressamente na Constituição¹⁴⁷.

Com efeito, Canotilho chama a atenção para o princípio da conformidade funcional, que diz respeito a regulação das competências e funções dos órgãos de soberania, os quais devem estar atrelados as competências constitucionalmente estabelecidas, sem ser possível sua alteração por qualquer meio¹⁴⁸.

Além disso, pelo critério de ordenações de funções, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, exige uma comunicação entre os órgãos e funções do Estado, o que Canotilho denomina de “princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”, ou seja, explica o referido autor, que o Estado português ordena as várias funções constitucionais atribuídas aos órgãos de soberania¹⁴⁹. Em tempo, convém anotar que a separação e interdependência exige um modelo de justiça funcional, no qual exista uma

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 379.

¹⁴⁶ “Estritamente relacionada com o princípio estruturante da separação de poderes surge o **princípio da imputação da responsabilidade**. Num Estado de direito democrático constitucional tem de se saber, de forma inequívoca, a quem podem ser imputados os actos dos titulares de órgãos, pois só assim se pode determinar a responsabilidade pela prática de tais actos. O “dever de prestação de contas”, o “dever de unidade” dos órgãos do Estado e demais entidades públicas só existe quando se puder identificar o responsável pelas decisões.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 544.

¹⁴⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 547.

¹⁴⁸ “De acordo com este princípio, quando a Constituição regula de determinada forma a competência e função dos órgãos de soberania, estes órgãos devem manter-se no quadro de competências constitucionalmente definido, não devendo modificar, por via interpretativa, a repartição, coordenação e equilíbrio de poderes, funções e tarefas inerentes ao referido quadro de competências.” Idem – **Op. Cit.** p. 548.

¹⁴⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 551.

estrutura orgânica funcionalmente adequada¹⁵⁰ de forma que permita o melhor desempenho das competências atribuídas a cada órgão de soberania¹⁵¹.

Outrossim, acerca da separação e interdependência como princípio estrutural da organização do poder político, é preciso distinguir a separação horizontal e vertical. Pela primeira, tem-se a separação de competências por critério funcional, enquanto na segunda tem-se a delimitação das atribuições e das relações de controle por meio de critérios territoriais¹⁵².

Uma vez analisada a dinâmica de funcionamento do princípio da separação e interdependência na Constituição Portuguesa é oportuno compreender o funcionamento de cada um dos poderes de Estado constituídos, bem como o seu exercício por meio dos órgãos de soberania.

2.3.2 O Poder Executivo na Constituição de 1976.

Desde logo, é imprescindível compreender a estrutura da organização do Estado Português, sendo assim diferentemente do que ocorre no Brasil, o qual a Constituição Federal no artigo 2.º consagra expressamente a tripartição de Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁵³. Na Constituição da República Portuguesa, o Governo é o órgão de condução da

¹⁵⁰ “As várias funções devem ser *separadas* e atribuídas a um órgão ou *grupo de órgãos* também separados entre si. Isto significa não uma equivalência total entre atividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída *principal ou prevalentemente* uma determinada função. Dir-se-á que a CRP adoptou um *esquema organizatório funcionalmente adequado*. A adequação funcional pressupõe que o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primários, lhes são atribuídas (exs.: a Assembleia da República é um órgão adequado para legislar; o Governo é um órgão apto para executar e administrar; os tribunais estruturam-se de forma a exercer com “racionalidade” a função jurisdicional).” Idem – **Op. Cit.** p. 558.

¹⁵¹ “O modelo de justiça funcional parte destes pensamentos: a separação e interdependência exige uma estrutura *orgânica funcionalmente adequada*. Uma estrutura orgânica funcionalmente adequada significa que a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos. A estrutura dos órgãos adequada à função e a função adequada à estrutura dos órgãos é, assim, a ideia força subjacente ao próprio princípio da separação dos órgãos de soberania.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 552.

¹⁵² “Quando se fala de separação e interdependência dos órgãos de soberania (art. 111.º/1) como princípio estrutural da organização do poder político tem-se geralmente em vista a separação horizontal de poderes (de órgãos e funções). Enquanto a repartição vertical visa a delimitação das competências e as relações de controlo seguindo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania.” Idem – **Op. Cit.** p. 556.

política geral do país e o órgão superior da Administração pública (art. 182.º CRP). Nessa esteira, oportuna é a lição de Canotilho para quem o Governo corresponde as tarefas e funções que não pertence aos poderes legislativo e judiciário¹⁵⁴, ou seja, o Governo faz o papel de Poder Executivo. Tal conclusão é embasada quando apreciado o rol de competências administrativas descritas no artigo 199.º da CRP e cuja competência é atribuída ao Governo.

Inclusive, a esse respeito, é importante entender como é composto o Governo. Nessa esteira, de acordo com Canotilho o “Governo é institucionalmente constituído por três *órgãos necessários*, distintos, mas estreitamente conexionados”¹⁵⁵, estatui o artigo 183.º da CRP que o Governo é constituído pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros e pelos Secretários e subsecretários de Estado¹⁵⁶. Convém registrar que o Primeiro-Ministro será nomeado pelo Presidente da República que deverá ouvir os partidos representados na Assembleia da República e observar o resultado das eleições (art. 187.º/1, da CRP). Por sua vez, os Ministros, Secretários e subsecretários de Estado serão também nomeados pelo Presidente da República, porém mediante proposta do Primeiro-Ministro (art. 187.º/2, da CRP). Em resumo, Canotilho, registra que “a responsabilidade política do Governo implica a responsabilidade solidária de todo o Governo perante a AR e não de uma responsabilidade dos Ministros perante a mesma”¹⁵⁷.

Acerca das competências administrativas do Governo, para o presente trabalho merece destaque a redação da alínea g) do artigo 199.º ao disciplinar que compete ao Governo “praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades coletivas”¹⁵⁸. Desse modo é possível constatar que ao Governo compete a observação do Título III do texto maior português, especialmente os capítulos I e II, que tratam respectivamente dos direitos e deveres económicos e sociais.

¹⁵³ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. PRESIDÊNCIA da República do Brasil [Em Linha]. [Consult. 18 Jul 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁵⁴ “A palavra ‘governo’ é plurissignificativa: (1) é o complexo organizatório do Estado ao qual é reconhecida competência de direção política; (2) conjunto de todos os órgãos que desempenham tarefas e funções não enquadráveis no ‘poder legislativo’ e no ‘poder jurisdicional’; (3) órgão constitucional de soberania com competência para a condução da política geral do país e superintendente na administração pública.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 182.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 640.

¹⁵⁶ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, p. 131.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 645.

¹⁵⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, p. 137.

Em tempo, é prudente anotar que o Governo responde ao Presidente da República e a Assembleia da República, nos moldes do art. 190.º da CRP. Mas isso não significa que ele esteja submetido ou esteja dependente a estes órgãos de soberania, porquanto as redações dos artigos 197.º, 198.º e 199.º dispõem das competências: política¹⁵⁹, legislativa e administrativa, respectivamente, do Governo¹⁶⁰.

Na estrutura interna do Governo, vale a análise detalhada da função do Primeiro-Ministro o qual por força do artigo 201.º/1/a compete dirigir a política geral do Governo, coordenando e orientando a ação de todos os Ministros, o que na acepção de Canotilho corresponde “ao princípio da preeminência do Primeiro-Ministro, pois ele desenvolve não apenas funções presidenciais como chefe do executivo, mas também competências constitucionais próprias que lhe são atribuídas a título de *Premier*”¹⁶¹. Note-se que mais uma vez aponta o Governo como Poder Executivo, uma vez que se refere a chefia do executivo atribuída ao Governo, este que por sua vez consagra expressamente o Primeiro-Ministro como *Premier*.

Com efeito, a posição de dirigente do Primeiro-Ministro decorre de alguns aspectos específicos que envolve esse membro do Governo, dentre eles, caberá ao Primeiro Ministro: responder perante o Presidente da República (art. 191.º); propor a nomeação dos Ministros (art. 187.º/2); acompanhar os Vice-Primeiros-Ministros, Ministros, Secretários e Subsecretários (art. 191.º/2 e 3), dirigir a política geral do Governo, coordenando e orientando a ação de todos os Ministros (art. 201.º/1); submeter a apreciação do programa do Governo a AR (art. 192.º). Corroborando esse entendimento Canotilho assevera “o princípio da preeminência do PM aponta para a posição de primazia do PM na direção da política Geral do Governo, na coordenação e orientação do ministério e no estabelecimento de relações de carácter geral com outros órgãos de soberania”¹⁶².

¹⁵⁹ “A CRP (art. 197) fala expressamente em “competência políticas”. Todavia, as atividades aí incluídas no âmbito de funções políticas pouco dizem sobre a “função política” ou de “governo”. A função política ou de governo é um complexo de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza económica, social, financeira e cultural, dirigidas à individualização e graduação dos fins constitucionalmente estabelecidos. Em geral, esta função caracteriza-se por uma grande margem de liberdade de conformação, salvo se os limites ou as imposições estabelecidas pela CRP.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 648.

¹⁶⁰ “Embora o Governo seja responsável perante o Presidente da República (art. 190) e perante a AR, ele não é nem uma comissão do parlamento nem um executivo submetido ao Presidente da República. É um órgão constitucional autónomo com competência (política, legislativa e administrativa) específica.” Idem – **Op. Cit.** p. 640.

¹⁶¹ Idem – **Op. Cit.** p. 641.

¹⁶² Idem – **Op. Cit.** p. 643.

Também não é demais registrar que conforme determinação constitucional expressa no artigo 192.º incumbe ao Primeiro-Ministro enviar a Assembleia da República o Programa de Governo, este que por sua vez constará as principais orientações políticas e medidas a serem adotadas ou propostas nos diversos domínios da atividade governamental (art. 188.º). Desse modo, é possível compreender a solidariedade governamental ao ser instituído no texto da Constituição Portuguesa, especificamente no art. 189.º, a vinculação dos membros do Governo ao Programa de Governo e as deliberações tomadas em Conselho de Ministros.

Dessa maneira, é importante ressaltar que ao Conselho de Ministros, consoante artigo 200.º/1/e/f, está a atribuição de aprovar os planos, bem como aprovar os atos do Governo que envolvam aumento ou diminuição das receitas ou despesas públicas, nessa ordem. Como se sabe, a promoção de políticas públicas por meio de programas ou planos de governo exige planejamento por parte do Estado que na ordem constitucional é atribuído ao Conselho de Ministros que dentre outras atribuições deve definir as linhas gerais da política governamental e sua execução (art. 200/1/a) em conformidade com as disposições orçamentárias, nesse sentido Canotilho disciplina que “de acordo com o princípio de gabinete, ao Governo (e não ao Primeiro-Ministro ou ministros) competem as funções políticas mais importantes”¹⁶³.

Por essa ótica, vislumbra-se que os direitos sociais serão atendidos pelo Governo na medida em que for contemplado nos programas aprovados por ele. Porém, é de se registrar que a construção desses programas de Governo deve antes encontrar a resposta para o que são direitos sociais e qual a dimensão do compromisso e/ou obrigação do Estado diante de sua promoção.

Nessa linha, antes de qualquer outra análise deve-se estabelecer a distinção entre os direitos sociais prestacionais, que são aqueles de incumbências do Estado, isto é, tem o seu exercício providenciado pelo Governo, daqueles que apenas exigem uma não interferência pelo Estado no seu exercício.

No primeiro caso, também chamados de direitos positivos, “parte do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma ‘igualdade efetiva e solidária entre todos os membros

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 642.

da comunidade política'. São os direitos que se realizam por intermédio do Estado", consoante Paulo Gonet¹⁶⁴.

No segundo caso, por direito negativos, também denominados direitos de defesa, na concepção de Paulo Gonet, tem-se "ao Estado um dever de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas"¹⁶⁵.

Para o presente trabalho, interessa a concepção de direitos positivos, a esse respeito, Catarina Botelho afirma que o "conceito de 'direitos sociais' é polissêmico, indeterminado e, sem dúvida, impreciso. Não faltaram, por conseguinte, tentativas teóricas de o definir, tanto por aquilo que ele abarca como, pela negativa, por aquilo que ele exclui"¹⁶⁶.

Por sua vez, Jorge Reis Novais, ao destacar a ideia de direitos como todo, alega que não há nada na estrutura dos direitos sociais que o diferencie dos direitos de liberdade, explica ainda o autor que "não há nenhuma especificidade exclusiva de um ou de outro tipo de direitos, pelo que, e pelos menos desde que as Constituições dos documentos internacionais os consagrem enquanto os direitos fundamentais, lhes deve ser aplicado o regime de vinculação jurídica própria dos direitos fundamentais"¹⁶⁷.

Se os direitos sociais forem considerados como os fins do Estado, ter-se-á normas constitucionais programáticas que "prescrevem um programa de Estado, sendo, por isso, diretivas ou linhas orientadoras para a intervenção estadual e para a interpretação normativa"¹⁶⁸. Não é demais lembrar que a Constituição de Weimar, foi inovadora no que diz respeito a consagração de direitos sociais, porém, como muitos dos direitos nela tutelados não gozavam de aplicabilidade direta acabou por ter-se mais uma Constituição de intenções e não de ações, nesse sentido corrobora Catarina Botelho "a originária noção de normas programáticas remonta aos inícios do século passado, nomeadamente ao tempo em que a normatividade de algumas disposições da Constituição de Weimar foi posta em causa, por não possuírem aplicabilidade direta"¹⁶⁹.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**, p. 292.

¹⁶⁵ Idem – **Ibidem**.

¹⁶⁶ BOTELHO, Catarina Santos – **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise**. p. 134.

¹⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 56.

¹⁶⁸ BOTELHO, Catarina Santos – **Op. Cit.** p. 135.

Em verdade, conforme ensinamento de Catarina Botelho, a categorização dos direitos sociais como normas programáticas enseja “um ‘dever moral’ ao Governo no sentido de providenciar um certo nível de proteção, definindo assim uma ‘ideia social’ em vez de reconhecer um direito”¹⁷⁰. Como se nota, ao Governo compete, na ocasião de elaboração dos Programas de Governo, contemplar políticas públicas de alcance social de tal maneira que se obtenha a tutela do mínimo essencial para os seus cidadãos.

Por seu turno, Jorge Reis Novais estabelece duas características que podem definir constitucionalmente um direito fundamental social. Segundo o autor, a primeira característica dispõe que “o respectivo objeto de proteção respeita o acesso individual a bem de natureza econômica, social e cultural absolutamente indispensáveis a uma vida digna”¹⁷¹. Já a segunda característica corresponde “a particularidade de tratar de bens escassos, custosos, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições que se integrem, de suficientes recursos financeiros ou se, para o efeito, obtiverem ajuda as correspondentes prestações da parte do Estado”¹⁷².

Assim, a categorização dos direitos sociais como garantias institucionais estabelece obrigação de ação para os poderes públicos. A esse respeito, Jorge Reis Novais atribui o caráter de promoção dos direitos fundamentais¹⁷³. Já Canotilho, explana que “a constitucionalização das garantias institucionais traduz-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, económicos e políticos”¹⁷⁴.

De todo modo, convém registrar que há quem afirme que os direitos sociais são direitos subjetivos públicos, nesse aspecto Canotilho afirma que “há uma grande diferença entre situar os direitos sociais, económicos e culturais num nível constitucional e com uma dimensão subjectiva, e considerá-los como simples imposições constitucionais, donde

¹⁶⁹ BOTELHO, Catarina Santos – **Op. Cit.** p. 136.

¹⁷⁰ *Idem* – **Op. Cit.** p. 137.

¹⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 51.

¹⁷² *Idem* – **Ibidem**.

¹⁷³ “Nesse sentido, para além de respeitar o acesso individual aos bens jusfundamentais, para além de proteger esse acesso, não apenas das ameaças e intervenções no aparelho estadual, mas também dos riscos naturais e das ameaças e intervenções de outros particulares, designadamente dos poderes sociais fáticos, o Estado passa estar agora também obrigada promover o acesso, a ajudar sobretudo àqueles que por si sós, com o recurso a meios, aptidões ou capacidades próprias, não dispõem de condições para um acesso igualitário à efetiva a tais bens.” *Idem* – **Op. Cit.** p. 315.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 475.

derivariam direitos reflexos para os cidadãos”¹⁷⁵. Acerca desse caráter subjetivo Catarina Botelho destaca que quando isso ocorre “existe relação jurídica entre Estado e particular, sendo que o particular é o titular de um direito – diretamente aplicável – contra o Estado”¹⁷⁶. Dessa maneira, pela categorização dos direitos sociais como direito subjetivo público, implicaria a possibilidade de o particular demandar contra o Estado toda vez que o gozo de um direito social fosse prejudicado, e nesse caso, caberia ao Estado efetivá-lo sem a ressalva de qualquer ordem, incluindo a questão econômica.

Com efeito, pontua Jorge Reis Novais que o problema não está na discussão sobre a natureza jusfundamental dos direitos sociais, uma vez que para o referido autor atualmente os “direitos sociais no Estado de Direito são frequentemente tidos como direitos fundamentais por força da sua relevância material, enquanto exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana e, nos Estados constitucionais que assim o decidiram, por força do reconhecimento dessa qualidade por parte da Constituição”¹⁷⁷.

Igualmente, essa discussão doutrinária acerca da classificação dos direitos sociais revela um indeterminismo sobre o tema que culmina com uma censura aos juristas alegando que estes adotam a metodologia *fuzzy*¹⁷⁸, uma vez que nem eles sabem do que estão falando quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais. Inclusive a esse respeito, J. Isensee *apud* Canotilho, apresenta a expressão camaleão normativo¹⁷⁹, que também questiona a instabilidade e imprecisão da classificação dos direitos

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 476.

¹⁷⁶ BOTELHO, Catarina Santos – **Op. Cit.** p. 144.

¹⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 39.

¹⁷⁸ “Como todos sabem, “fuzzy” significa em inglês “coisas vagas”, “indistintas”, indeterminadas. Por vezes, o estilo “fuzzysta” aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver, paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da “vaguez”, “indeterminação” e “impressionismo” que a *teoria da ciência* vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de “fuzzismo” ou “metodologia fuzzy”. [...]. Em toda a sua radicalidade, a censura de “fuzzismo” lançada aos juristas significa basicamente de que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Estudos sobre Direitos Fundamentais**, p. 100.

¹⁷⁹ “No que respeita ao indeterminismo ‘fuzzy’, os juristas acompanham o discurso crítico sobre as ciências sociais, importa reconhecer que, mesmo nos estritos parâmetros jurídico-dogmáticos, os direitos sociais aparecem envoltos em quadros pictóricos onde recorte jurídico cede o lugar a nubelosas normativas. É aqui que surge “camaleão normativo”. A expressão não é nossa. Foi utilizada pelo conhecido constitucionalista alemão J. Isensee há mais de quinze anos. Com ela pretendia ela significar a instabilidade e imprecisão normativa de um *sistema jurídico aberto* – como o dos direitos sociais – quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema quer a conteúdos normativos transcendentais ao mesmo sistema. Esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre *conteúdo* de um direito juridicamente definido e determinado e *sugestão de conteúdo* sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. Por outras palavras: o “transformismo normativo” dará azo à passagem de um *discurso jurídico* rigoroso centrado em categorias como “direitos subjectivos” e “deveres jurídicos” para um *discurso político-constitucional baseado em programas concretizadores* de “princípios

sociais.

Por tais razões, a atuação do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais prestacionais, antes de tudo precisa ultrapassar a barreira da discussão doutrinária para saber o que corresponde direitos sociais, e quais destes merecem a prestação pelo Governo.

2.3.3 O Poder Legislativo na Constituição de 1976.

Inicialmente, convém mencionar quer na Constituição da República Portuguesa, o Poder Legislativo em sentido amplo é exercido pela Assembleia da República, esta que por sua vez de acordo com o artigo 147.º da CRP é a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses¹⁸⁰.

Vale lembrar que em conformidade com o Princípio da Separação e Interdependência, é possível vislumbrar as relações entre Governo e Assembleia da República. Nesse sentido, aponta o artigo 190.º da Constituição, ao instituir que o Governo responde perante a Assembleia da República, tal responsabilização deve ser apreciada a luz da necessidade de confiança que o Governo precisa para trabalhar. A esse respeito, não é demais lembrar o teor do artigo 193.º da CRP ao estabelecer que “o Governo pode solicitar à Assembleia da República a aprovação de um voto de confiança sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional”, bem como a redação do artigo 192.º, segundo a qual “o Programa de Governo é submetido à apreciação da Assembleia da República, através de uma declaração do Primeiro-Ministro”.

Em seguida, é oportuno frisar que a Assembleia da República como órgão de soberania autônomo funda-se no Princípio da autonomia do Parlamento, conforme pode-se constatar na redação do artigo 175.º que trata da competência regimental interna da Assembleia da República, especialmente no que corresponde a elaboração e aprovação do seu

sectores” e de directivas políticas. Iremos ver que este discurso tem algum eco – e justificado – na frequente confusão entre *direitos sociais e políticos* e *políticos públicos de direitos sociais*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 101.

¹⁸⁰ “A AR é uma ‘assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses’ (art. 147). É o parlamento da República Portuguesa. Trata-se, pois, de um *órgão constitucional de soberania* que representa “todos os cidadãos portugueses”. A este enunciado linguístico subjaz a ideia de a AR representar não apenas os cidadãos que, através do voto geral, directo, livre e secreto participaram na eleição, mas também aqueles que não votaram ou não puderam votar (incapacidade, impossibilidade ou opção expressa pela abstenção)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 627.

regimento (art. 175.º/a) e a eleição do Presidente e demais membros da mesa (art. 175.º/b), bem como sua autonomia administrativa e financeira. Na cabível lição de Canotilho, “autonomia significa ainda que a AR não está sujeita a quaisquer ordens ou instruções de outros órgãos”¹⁸¹.

Além disso, importante registrar que Assembleia da República possui, além das competências políticas interdependentes ao Governo já vistas (art. 193.º e 192.º), a incumbência da competência política autônoma, a legislativa que lhe é inerente, a fiscalizatória e a competência quanto a outros órgãos.

Da competência fiscalizatória consagrada no artigo 162.º da CRP, para a análise da correlação do Poder Legislativo com a garantia de acesso aos direitos sociais prestacionais, cumpre registrar a alínea e) do referido artigo que dispõe: “apreciar os relatórios de execução dos planos nacionais”. Ora, como se observa, os planos nacionais elaborados sob a égide da competência administrativa do Governo e aprovados pelo Conselho de Ministros serão fiscalizados pela Assembleia da República, demonstrando-se mais uma vez a interdependência dos Poderes.

Por seu turno, a competência quanto a outros órgãos, a Assembleia da República tem a atribuição de apreciar o programa de Governo. Desse modo, a AR tem participação ativa quando trata-se da viabilidade do acesso a direitos sociais prestacionais, uma vez que pela competência de apreciação do Plano de Governo (art. 192.º) poderá conduzir ou não o Governo para a promoção do desenvolvimento económico-social, que este último possui por força da sua competência administrativa (art. 199.º/g).

Por sua vez, as competências políticas e legislativas disciplinadas no artigo 161.º da CRP, impõe na sua alínea g) que a Assembleia da República compete “aprovar as leis das grandes opções dos planos nacionais e o Orçamento do Estado, sob proposta do Governo”. Nesse sentido, vale o registro que constitui reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República o regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais (art. 164.º/r).

Nessa esteira, observa-se que o Governo propõe ao órgão legislativo seus planos e programas, este último acaba possuindo liberalidade quanto a aprovação¹⁸², posto que a

¹⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 630.

Constituição Portuguesa não determina de forma irrecusável a destinação de recursos, como ocorre no Brasil, por exemplo, por força dos artigos 198 e 212 da Constituição da República Brasileira. Assim, recai para os órgãos políticos a competência de destinação da aplicação de recursos para a promoção de políticas sociais, porquanto a Assembleia da República caberá a aprovação do orçamento, desse modo, o Poder Legislativo torna-se essencial na efetivação da garantia dos direitos sociais prestacionais, e só em seguida, o Poder Executivo¹⁸³.

Acerca de tal tema, é importante lembrar que a vinculação de receitas no Brasil é exceção à regra de não afetação, segundo a qual o legislativo deve ter liberdade para dispor do orçamento da maneira que melhor convir na execução do programa de governo. Porém, o legislador constituinte brasileiro prezou por vincular verbas para a saúde e educação como forma de garantir a acessibilidade a esses direitos sociais e, talvez, desconfiar da atuação do legislador ordinário na sua promoção.

Adverte Jorge Reis Novais que os direitos sociais são valores importantes e que não podem ser deixados para a disposição da maioria parlamentar, posto que dado o seu caráter discutível da jusfundamentalidade, se em estrito cumprimento ao princípio da separação de poderes caberá ao legislador democrático a alocação e distribuição de recursos financeiros¹⁸⁴, uma vez que uma escassez moderada de recursos exigirá escolhas dos destinos dos recursos disponíveis¹⁸⁵.

¹⁸² “Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Op. Cit.** p. 295.

¹⁸³ “Quando nos referimos aos direitos sociais como normas de organização estamos a perspectivá-los na forma de “mandado/tarefa constitucional”. Alguma doutrina propôs ainda a assimilação dos conceitos de “mandado constitucional” e de “mandado ao legislador”. No entanto, cumpre não esquecer que os conceitos não são necessariamente idênticos. Isto porque o legislador não é o único destinatário das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais – embora seja, quiçá, o seu principal destinatário – sendo ainda de referir outros possíveis destinatários, tais como os órgãos da Administração Pública.” BOTELHO, Catarina Santos – **Op. Cit.** p. 139.

¹⁸⁴ “Os direitos fundamentais são valores tão importantes que não podem ser deixados a decisão da maioria parlamentar, para concluirmos que, dada a inevitável presença da referida reserva do possível, os direitos sociais dificilmente preenchem esses requisitos de jusfundamentalidade, pois, por imposição do princípio democrático que informa a separação de poderes próprios de Estado de Direito, o Parlamento, os titulares do poder político e o legislador democrático não podem ser privados da palavra decisiva sobre a alocação e distribuição dos recursos financeiros disponíveis, sob pena de significativa restrição da liberdade de conformação democrática e de perturbação na distribuição de poderes próprios de Estado de Direito.” NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 94.

¹⁸⁵ “Então, e uma vez que nas situações típicas de Estado social, pelo menos em situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta, mas moderada, a reserva do possível explica, mesmo da parte de um poder político

Nesse aspecto destaca Jorge Reis Novais o modelo de ponderação da teoria dos direitos fundamentais como princípios, ao considerar que independentemente do tipo de consagração constitucional, os direitos sociais deveriam ser considerados enquanto os direitos fundamentais de *prima facie*, e isso implicaria numa realização maximizada pelo Estado¹⁸⁶.

Sendo admitida a técnica de ponderação, consoante lição do autor em análise, duas observações são indispensáveis: quanto a competência e recurso. No primeiro caso, envolve a atuação do poder judicial nas decisões que envolve direitos sociais, o que será visto no próximo tópico. No segundo caso, tem-se as observações atinentes a reserva do possível que veremos no terceiro capítulo¹⁸⁷.

2.3.4 O Poder Judiciário na Constituição de 1976.

Ainda desmembrando o princípio da separação e interdependência de poderes no âmbito do Estado português cumpre analisar os aspectos que circundam o órgão de atribuição típica de julgar. Nessa esteira, como já citado alhures o artigo 110.º da CRP elenca os órgãos de soberania, e dentre eles consta os Tribunais¹⁸⁸.

Em linhas gerais, entende-se que os tribunais atuam na função do poder judicial, uma vez que sua organização e funcionamento só podem ser desempenhadas de forma autônoma

empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas de distribuição de meios e, conseqüentemente, conflito entre as opções públicas de alocação de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais. A situação de conflito e a multiplicidade de possíveis respostas para a solucionar são inevitáveis porque a escassez moderada de recursos significa, na prática, que há sempre dinheiro ou algum dinheiro para realizar a prestação controversa, mas, simultaneamente, que há também sempre várias possibilidades de escolha do destino que se afeta os recursos disponíveis.” Idem – **Op. Cit.** p. 93.

¹⁸⁶ Idem – **Op. Cit.** p.267.

¹⁸⁷ “Há, no entanto, de acordo com este modelo, duas especificidades respeitantes a natureza dos direitos sociais enquanto os direitos a prestações fáticas que se projetam sobre a utilização da metodologia da ponderação neste domínio. Elas radicariam, em primeiro lugar, nas dúvidas de natureza “formal”, competencial, que se colocam normalmente a admissibilidade dos direitos sociais como direitos fundamentais; Ou seja, dar ao poder judicial a última palavra neste domínio colocar em risco o princípio da separação de poderes, já que já que se tenderia transferir legislador para o juiz competências na área da aprovação do orçamento.” NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 268.

¹⁸⁸ A lei fundamental portuguesa não fala em poderes mas em *órgãos de soberania* nos quais se incluem os tribunais (artigo 110.º/1). A qualificação dos tribunais como órgãos de soberania remonta à Constituição de 1911 que, no seu artigo 6.º, considerava como “órgão de soberania nacional” o “poder judicial”. Diferentemente desta, porém, a Constituição de 1976 fala em “órgão de soberania” mas não em “poder judicial”. Trata-se de optar, logo a nível constituinte, por uma ordenação dos órgãos de estado segundo as suas competências e funções. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 657.

aos outros poderes, porquanto no exercício das funções jurisdicionais, os Tribunais devem não só garantir a liberdade dos demais órgãos de soberania, mas também permitir a independência da magistratura e por arrastamento a sua imparcialidade¹⁸⁹.

É importante tomar nota que, inobstante o seu carácter de órgãos de soberania, os Tribunais possuem particularidades que inexistem nos demais órgãos. Assim sendo, com a contribuição de Canotilho, “os tribunais estão ‘sujeitos à lei’, de onde deriva [...] a especificidade da própria função judicial: garantia, concretização e desenvolvimento do direito, revelado, em via inicial, por actos legislativos ou por actos de valor idêntico ou superior”¹⁹⁰, ou seja, os tribunais são órgãos que não decorrem de representatividade, ainda que gozem de competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 202.º). Por essa razão sua grande contribuição é zelar pela aplicação das normas constitucionais¹⁹¹.

Com efeito, os Tribunais caracterizam-se pelo princípio da exclusividade da função de julgar, já que a independência judicial exige o reconhecimento de um conteúdo material característico da função julgadora, em síntese, uma reserva de jurisdição, esta que por sua vez nos ensinamentos de Canotilho “actua simultaneamente como *limite* de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”¹⁹². Como se nota, no entendimento do referido autor o princípio da reserva de jurisdição limita tanto a atuação da Assembleia da República, na medida em que limita os atos legislativos, quanto a atuação do Governo quando restringe os atos administrativos.

No que diz respeito à atuação dos Tribunais para a garantia de acesso aos direitos fundamentais sociais prestacionais oportuna é a redação do artigo 202.º/2 da CRP, que assim dispõe: “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e

¹⁸⁹ “Organizatória e funcionalmente, o poder judicial é, portanto, “separado” dos outros poderes: só pode ser exercido por tribunais, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos. A “separação” do poder judicial ou, nos termos constitucionais, do órgão de soberania “Tribunais”, desempenha duas funções: (1) garantir a *liberdade*, pois, não há liberdade quando existir a concentração ou confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem julga; (2) garantir a *independência da magistratura*, pois só magistrados independentes podem assegurar a justiça em liberdade.” Idem – **Op. Cit.** p. 658.

¹⁹⁰ Idem – **Op. Cit.** p. 658.

¹⁹¹ “Em segundo lugar, a posição constitucional do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo carácter de representatividade, exigidos, em geral, para os restantes órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça “em nome do povo”, os juizes não desenvolvem, como os órgãos político-representativos, atividades de direção política. Exige-se, porém, que os tribunais, ao terem acesso directo à constituição (art. 204.º), contribuam para a actuação e concretização das normas constitucionais.” Idem – **Op. Cit.** p. 658.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 665.

interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir conflitos de interesses públicos e privados”¹⁹³. Em outras palavras, aos Tribunais cabe a proteção dos direitos constitucionalmente consagrados, desse modo incluindo-se o título III da Carta Magna, o qual elenca o rol de direito e deveres econômicos, sociais e culturais.

Como se sabe, a Constituição da República Portuguesa considera na sua Parte I, o catálogo dos direitos e deveres fundamentais, sendo o Título I a parte consagrada aos princípios gerais, enquanto o Título II disciplina os “Direitos, liberdades e garantias” e o Título III tutela os “Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”. Nesse contexto, vale a apreciação do teor do artigo 17.º do texto maior português com o artigo 18.º do mesmo diploma legal. Assim, na leitura do artigo 17.º ver-se que “o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”; por sua vez, no artigo 18.º/1, tem-se que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, consoante afirmação de Marcelo Zenkner¹⁹⁴.

Como se percebe, a Constituição declara expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas quando se trata de direitos relativos a liberdades e garantias, tais como: direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade e à segurança, dentre outros relacionados nos artigos 24.º e seguintes da CRP. Porém, o questionamento reside em saber a respeito dos direitos sociais, econômicos e culturais, se estes são diretamente aplicáveis e se vinculam as entidades públicas e privadas.

A esse respeito, Paulo Ferreira da Cunha assevera que por força do caráter análogo estabelecido no artigo 17.º da CRP, os direitos econômicos, sociais e culturais também usufruem do mesmo regime-regra dos direitos, garantias e liberdades. Destaca, porém, o referido autor, que de início os direitos econômicos, sociais e culturais não são diretamente aplicáveis e nem vinculam as entidades públicas e privadas¹⁹⁵ devendo serem vinculados

¹⁹³ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, p. 139.

¹⁹⁴ “A *contrario sensu*, poder-se-ia concluir que, como a aplicabilidade imediata se reporta apenas ao regime especial dos direitos de liberdade, ela não vale em relação aos direitos económicos, sociais e culturais. Em outras palavras: estes últimos, apesar de qualificados como “direitos fundamentais”, a princípio se beneficiariam apenas do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não daquele especificamente previsto para os direitos, liberdades e garantias. É essa a posição da maioria da doutrina portuguesa e também da jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Português.” ZENKNER, Marcelo. **A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Uma análise comparativa**, p. 240.

quando da aplicação de tais direitos. Por sua vez, Cristina Queiroz citada por Marcelo Zenkner, afirma que “O conceito de direitos “análogos” é então interpretado no sentido de proporcionar, face às circunstâncias concretas do “caso”, uma maior flexibilidade no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito, em termos breves, uma maior efectividade na respectiva aplicação e realização”¹⁹⁶

Ademais, é importante registrar que o catálogo de direitos não possui um rol taxativo, uma vez que a própria Constituição franqueia a entrada de outros direitos fundamentais por força da adesão a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nesse sentido, dispõe o artigo 16.º da CRP “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”¹⁹⁷.

Convém mencionar que nos ensinamentos de Jorge Reis Novais “os direitos fundamentais são, por natureza, furtados a disponibilidade do legislador e entregues aos tribunais, mas, ‘no âmbito dos direitos sociais, os tribunais só podem decidir se o legislador decidiu’”¹⁹⁸. Ensina ainda o autor que o problema dos direitos sociais está associado a separação de poderes¹⁹⁹, pois enfrenta a questão competencial quanto a fixação do conteúdo normativo, e com por sua vez implica no dever de proteção e promoção dos direitos sociais.

Marcelo Zenkner, afirma que “[...] tudo aquilo que é, nesse domínio, 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 de direitos sociais”²⁰⁰.

¹⁹⁵ “É deveras importante essa vinculação e aplicação direta quer de entidades públicas, quer privadas. Ninguém está fora ou acima destes direitos. Sucede com os demais direitos (econômicos, sociais e culturais), a contrario, que nem são diretamente aplicáveis, nem vinculam entidades públicas e privadas nessa *aplicação direta*. Claro que, no momento em que sejam aplicados, essa dupla vinculação tem de existir. Porém, a esta exceção à universalidade do regime-regra (e específico dos direitos, liberdades e garantias) se opõe uma nova exceção, que alarga o seu âmbito, e reforça a sua característica de regime-regra (art. 17.º). É que direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias também usufruem do mesmo regime. Desde logo, e sem prejuízo de outras situações, se enquadram neste caso os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (art. 58.º, ss.)”. CUNHA, Paulo Ferreira – **Direitos Fundamentais, fundamentos & direitos sociais**, p. 167.

¹⁹⁶ ZENKNER, Marcelo – **Op. Cit.** p. 244.

¹⁹⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, p. 30.

¹⁹⁸ NOVAIS, Jorge – **Op. Cit.** p. 94.

¹⁹⁹ “O problema dos direitos sociais é, antes, como se verá em todo o desenvolvimento, uma questão de competencial ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente, como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu conteúdo normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo é alcance.” Idem - **Direitos Sociais** – **Op. Cit.** p. 39.

²⁰⁰ ZENKNER, Marcelo – **Op. Cit.** p. 241.

Por seu turno, Jorge Reis Novais esclarece que “a partir do momento em que a Constituição consagra determinado direito, pretensão, dever ou obrigação como fundamental, ele impõe-se, *ipso facto*, à observância de todos os poderes constituídos”²⁰¹, porque a vinculatividade não está associada a classificação, nome ou lugar que o direito recebeu, mas a força jurídica diferenciada que a Constituição lhe atribuir²⁰². Inclusive acerca de tal assunto critica o autor sobre o pecado original²⁰³ das Constituições alemã e dos Estados Unidos, quando a doutrina tradicional ateve-se na diferenciação classificatória (direito de liberdade ou direito social) como critério de distinção dogmática, sem considerar o que de fato e de direito diferencia os direitos fundamentais e o volume de controle judicial que recai sobre suas violações²⁰⁴.

Nesse sentido, afirma ainda esse autor que na seara dos direitos fundamentais, uma sistematização simplificada no âmbito do Estado constitucional de Direito, há três grandes fatores que condicionam a forma como os operadores jurídicos, especificamente os tribunais e juízes devem observar na resolução de problemas de direitos fundamentais, a saber: a opção normativa do legislador constituinte; a natureza do dever estatal em causa; a estrutura negativa ou positiva do direito fundamental²⁰⁵.

A opção normativa do legislador constituinte será abordada no terceiro capítulo deste trabalho. Já no que diz respeito a natureza do dever estatal de respeito ao direito fundamental,

²⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 318.

²⁰² “Então, a vinculatividade da respectiva observância não dependerá do tipo em que for classificado e integrado, do nome artificial que lhe foi atribuído do lugar em que surge no texto constitucional, mas apenas na força jurídica diferenciada que a Constituição lhe atribuir, da natureza material e estrutural do dever estatal em causa e das características intrínsecas que o define e dos condicionamentos objetivos que se impõem, por natureza ou por força da observância dos princípios do Estado de Direito, à respectiva realização.” NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 318

²⁰³ “O *pecado original* radica na não consideração dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais nessas duas matrizes constitucionais mais influentes no mundo dos direitos fundamentais. No caso dos Estados Unidos por razões culturais e políticas, mas também históricas atinentes à *sobrevivência* de uma Constituição aprovada no século XVIII, e, no caso alemão, por opção do legislador constituinte, compreensível, mas com esses efeitos inevitáveis: se os direitos sociais não são direitos fundamentais, então não haveria lugar para uma dogmática unitária abrangendo os dois tipos de direitos.” Idem – **Ibidem.**

²⁰⁴ Idem – **Ibidem.**

²⁰⁵ “Se quisermos construir uma sistematização simplificada, diremos que no mundo dos direitos fundamentais, desde que estejamos em Estado constitucional de Direito e qualquer que seja a Constituição ou sistema de direitos fundamentais, há três grandes fatores que condicionam a forma como os operadores jurídicos, designadamente os tribunais e o juiz constitucional, devem abordar a resolução de problemas de direitos fundamentais. Esses fatores respeitam: (i) a opção normativa do legislador constituinte, isto é, saber essencialmente se está em causa a invocação de uma regra ou de um princípio; (ii) a natureza do dever estatal em causa na situação controvertida, isto é, saber se relativamente ao concreto problema de direitos fundamentais o eventual incumprimento da parte dos poderes públicos se refere ao dever estatal de respeito, ao dever de proteção ou ao dever de promoção do direito fundamental; e (iii) a estrutura negativa ou positiva do direito fundamental, isto é, saber se se requer do Estado uma omissão ou uma ação”. Idem – **Op. Cit.** p. 339.

na explicação de Jorge Reis Novais “quando a constituição não decidiu antecipadamente a relação de prevalência, legislador, administração e poder judicial se veem obrigados a decidir a relação de precedência, de forma geral e abstrata ou individual e concreta, uma tal decisão fica sujeita a um controlo pleno de constitucionalidade”²⁰⁶. Nesse contexto constata-se a atuação do poder judicial por meio da ponderação para solução de questões que envolvam os direitos fundamentais.

Por sua vez o dever estatal de proteção aos direitos fundamentais está relacionado a reserva do politicamente adequado ou oportuno, uma vez que “confere aos órgãos de poder político uma prerrogativa de avaliação só infirmável e controlável pelo poder judicial quando há um conteúdo suficientemente determinado de proteção devida que se retira da norma jusfundamental ou quando a proteção prestada fique aquém de um patamar mínimo exigível”. Assim, percebe-se a faculdade de intervenção do poder judicial quando a lesão ao direito fundamental insuficientemente protegido decorrer da omissão do poder público violador do princípio do *déficit*²⁰⁷ que almeja a realização do mínimo e razoável de proteção.

Já na análise do dever estatal de promoção dos direitos fundamentais, para além da ponderação e da reserva do politicamente adequado, quando for o caso de suas aplicações nos casos de promoção, há também que se observar a reserva do possível, uma vez que a realização de um direito é condicionada a existência de recursos financeiros e uma escassez moderada de recursos financeiros determina escolhas para a destinação dos recursos, o que por sua vez diminui a possibilidade de controle judicial das ações e omissões do poder público.

Com efeito, a atuação do Poder Judicial na efetividade dos direitos fundamentais sociais em Portugal não se concebe da mesma forma e amplitude com que se desenvolve no Brasil, uma vez que a legislação brasileira prevê o remédio constitucional denominado mandado de segurança, o qual constitui meio de ação próprio para a proteção de direitos líquidos e certos. Ao contrário disso, a Carta Portuguesa, não dispõe de instrumento

²⁰⁶ Idem – **Ibidem**.

²⁰⁷ “Na ausência de um princípio constitucional susceptível de estruturar o juízo de controlo com o mesmo alcance que com o princípio da proibição de excesso o faz na dimensão negativa dos direitos fundamentais, a doutrina iniciou há alguns anos a reflexão sobre a eventual construção de um princípio constitucional, igualmente decorrente do princípio do Estado de Direito, mas agora também enquanto Estado social, isto é, o princípio da proibição do *déficit* ou proibição da prestação ou da proteção insuficientes”. NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 392.

específico que viabilize a efetividade de direitos sociais por meio do Poder Judicial, especificamente após manifestação do Tribunal Constitucional.

Em Portugal, a análise de casos que envolva direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional ocorre somente em relação às situações de análise de inconstitucionalidade ou não de leis. No Brasil, as decisões estão relacionadas a casos concretos de lesão ou ameaça aos direitos sociais extraídos diretamente da Constituição após provocação pelo particular.

Com efeito, embora o Tribunal Constitucional Português não se dedique comumente à apreciação de alcance subjetivo de direitos fundamentais sociais, oportuna é o entendimento e verificação do acórdão n.º 683/99. Nessa esteira, o mencionado acórdão tratou da análise de recurso interposto por particular contra o Estado Português em razão de demissão de que foi alvo. Alegava a autora que fora contratada pela Administração Pública por um contrato a termo com início em 2 de fevereiro de 1991, e que o referido contrato fora prorrogado por duas vezes. Em contestação, o Ministério Público pugnou pela improcedência da ação alegando que a procedência da tese da autora violava o disposto no art.º 47º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso”²⁰⁸. Tratando-se de um comando de acentuada vinculação da Administração. Em recurso ao Tribunal Constitucional, cujo objeto do recurso de constitucionalidade baseava-se no artigo 70º, n.º 1, alínea b), da Lei do Tribunal Constitucional. Almejava a autora a apreciação da conformidade com a Constituição da norma do artigo 14º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89²⁰⁹, de 7 de dezembro, interpretada no sentido de permitir a conversão dos contratos de trabalho a termo certo celebrados pelo Estado em contratos de trabalho por tempo indeterminado. Por fim, a Suprema Corte Portuguesa, julgou inconstitucional, por violação do artigo 47º, n.º 2 da Constituição, o artigo 14º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 427/89, na interpretação segundo a qual os contratos de trabalho a termo celebrados pelo Estado se convertem em contratos de trabalho sem termo.

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge – **Op. Cit.** p. 353.

²⁰⁹ Este Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de dezembro, define o regime de constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na Administração Pública. E o artigo 14º deste diploma regula as modalidades e efeitos do contrato de pessoal, que pode revestir, nos termos do seu n.º 1, as modalidades de contrato administrativo de provimento (que confere ao particular outorgante a qualidade de agente administrativo) ou de contrato de trabalho a termo certo. TRIBUNAL Constitucional Portugal [Em Linha]. [Consult. 02 Jun 2019]. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990683.html>> acessado em: 02 de Jun de 2019.

Em verdade, da análise desse acórdão mais vale para o presente trabalho a apreciação da questão de constitucionalidade centrada na garantia de segurança do emprego. Nesse diapasão, a Corte Portuguesa ponderou pela impossibilidade de demissão sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. Além disso, destacou o reconhecimento do direito ao emprego como um direito fundamental social²¹⁰. Inclusive na redação do acórdão faz remissão ao acórdão n.º 581/95 (*DR*, I série-A, de 22 de janeiro de 1996).

Em acréscimo, Marcelo Zenkner menciona o acórdão n.º 67/2007, no qual o Tribunal Constitucional não declara a inconstitucionalidade da norma quando interpretada no sentido de obrigar ao pagamento dos serviços prestados apenas pelo fato de o utente não ter cumprido o ónus de demonstração de titularidade do cartão de utente no prazo de 10 dias subsequentes à interpelação para pagamento dos encargos com os cuidados de saúde²¹¹. Argumenta o referido autor que esse acórdão demonstra o controle de constitucionalidade feito pelo Tribunal Constitucional Português em análise de normas editadas pelo Poder Público, diferentemente do Brasil em que o STF determina a realização de políticas públicas em caso de omissão do Estado²¹². Aliás, da verificação desse acórdão, Marcelo Zenkner destaca que o direito à proteção da saúde é direito social que goza de vinculatividade normativa constitucionalmente consagrado e que sua promoção não se limita a uma vaga e abstrata linha de ação de natureza meramente programática²¹³.

²¹⁰ “A Constituição garante aos trabalhadores, no artigo 53.º, a segurança no emprego, concretizando logo tal garantia pela proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos. Trata-se de um direito fundamental, previsto ao lado de outros direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, mas cuja importância é bem patente, desde logo, por ser justamente com a sua enunciação que o legislador constitucional decidiu abrir o respectivo capítulo. A partir da revisão constitucional de 1982, a ‘segurança no emprego’ deixou aliás de ser entendida apenas como incumbência do Estado, para passar a constituir um dos direitos, liberdades e garantias, o que não pode deixar de significar um acrescido reforço da segurança no emprego como expressão directa do direito ao trabalho” (Portugal, Tribunal Constitucional. Processo nº 42/98. Relator Conselheiro Paulo Mota Pinto. Data de Julgamento: 21 de dezembro de 1999). TRIBUNAL Constitucional Portugal [Em Linha]. [Consult. 02 Jun 2019]. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990683.html>>

²¹¹ Despacho nº 113/2009. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/1191479/details/maximized>>

²¹² ZENKNER, Marcelo – **Op. Cit.** p. 247.

²¹³ “[...] A prestação de cuidados de saúde através dos estabelecimentos e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde, entendido este como um serviço universal quanto à população abrangida, destinado a prestar ou a garantir a prestação de cuidados globais, e tendencialmente gratuito para os utentes, dá concretização prática ao direito à proteção da saúde, consagrado no artigo 64.º da Constituição. Nesta sua vertente, o direito à proteção da saúde adquire a natureza de um direito social com um certo grau de vinculatividade normativa. Como tem sido já sublinhado, os preceitos relativos a direitos sociais (como outros referentes a direitos económicos e culturais) contêm normas jurídicas vinculantes que impõem positivamente ao legislador a realização de determinadas tarefas através das quais se pode concretizar o exercício desses direitos. Por sua vez, o grau de conformação legislativa é variável consoante o carácter mais ou menos determinado ou determinável da imposição constitucional respectiva, pelo que o legislador fica sempre vinculado às directrizes materiais que resultem expressamente ou por via interpretativa das normas que imponham, nesse domínio, tarefas específicas [...] Concretamente em relação à criação e manutenção de um serviço nacional de saúde, como componente do

Dessa forma, conforme ficou demonstrado, em Portugal a Constituição contempla os direitos fundamentais sociais, porém o Tribunal Português reserva-se a análise de constitucionalidade de leis que tentem ofender os direitos fundamentais sociais. Em tempo registra-se que tal possibilidade encontra amparo no artigo 20.º da CRP que garante o direito de acesso aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Capítulo 3: A relação dos direitos sociais prestacionais com a reserva do possível e o mínimo existencial.

direito à proteção à saúde, constitucionalmente consagrado (artigo 64.º, n.º2, alínea a), o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de afirmar que se trata aí de uma obrigação constitucional do Estado como meio de realização de um direito fundamental, e não uma vaga e abstracta linha de acção de natureza meramente programática (acórdão n.º 39/84, publicado no Diário da República, I Série, de 5 Maio de 1984). Como norma constitucional impositiva, essa mesma disposição apresenta-se como parâmetro de controlo de constitucionalidade quando estejam em causa medidas legais ou regulamentares que afectem ou inutilizem o direito [...]” (Portugal, Tribunal Constitucional. Processo n.º 775/2008. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Data do julgamento: 5 de maio de 2009). ZENKNER, Marcelo – **Op. Cit.** p. 247.

3.1 Análise dos princípios e regras

Antes de qualquer outra análise é indispensável registrar que o direito é uma ciência social, na lição de Luis Roberto Barroso “é uma ciência normativa que pretende atuar sobre a realidade, conformando-a em função de certos valores e objetivos, [...], suas leis são uma criação humana, e não a revelação de algo preexistente”²¹⁴. Logo, a criação de normas jurídicas traduz não só o desejo de organização da sociedade, mas também almeja a justiça social.

Nesse sentido, reconhece-se que as normas jurídicas são a forma pela qual o Direito se expressa, sendo suas características a imperatividade e a garantia. A primeira característica diz respeito ao caráter obrigatório e ao dever jurídico da norma imposta aos seus destinatários, estes que por sua vez devem obediência a ela. Por sua vez, a garantia constitui na existência de instrumentos institucionais e jurídicos prontos a promover a execução da norma ou advertir os seus descumpridores.

Nessa esteira, para o entendimento da relação entre os direitos fundamentais sociais com os princípios da reserva do possível e mínimo existencial é necessário entender as diferentes funções das normas constitucionais. Aliás, acerca do conteúdo material das normas constitucionais, deve-se notar que se constitui naquelas definidoras de direito e que geram direitos subjetivos de prestação positivas ou negativas quer perante o Estado quer perante outro particular. Nesta perspectiva, a teoria do Direito, dentre tantas, trabalha a ideia de que as normas jurídicas são um gênero no qual se insere as regras e princípios.

Para melhor compreensão da diferença existente na classificação das normas jurídicas, Barroso elenca três critérios basilares: conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação. No que se refere ao conteúdo dos princípios é possível vislumbrar que se trata de normas que anunciam decisões políticas fundamentais, valores de dimensão ética e os fins públicos a serem alcançados²¹⁵; a estrutura normativa dos princípios consiste, consoante explicação de Luis Roberto Barroso, em “apontar para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. [...]. Aliás, é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a

²¹⁴ BARROSO, Luis Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 228.

²¹⁵ BARROSO, Luis Roberto – **Op. Cit.** p. 244.

existência de diferentes meios para sua realização”²¹⁶; o modo de aplicação dos princípios exige do intérprete a ponderação na sua realização, de modo realizá-lo na maior intensidade possível, uma vez que indica um caminho a ser seguido, nesse sentido Luis Roberto Barroso²¹⁷

De outro modo, no que diz respeito as regras, quanto ao conteúdo, Barroso assevera “que as regras são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação”²¹⁸. Afirma ainda que acerca do modo de aplicação da regra a importância latente nela é a segurança jurídica, uma vez que a regra denota o designo político do poder legislativo, quer pelo poder constituinte originário quer pelo reformador, os quais avaliaram os juízos de valores que mereciam a materialização objetiva no direito posto. Dessa forma, denegando ao aplicador e intérprete qualquer margem de análise sobre a lei e consequentemente realizar melhor a segurança jurídica uma vez que a interpretação estabelecida pela regra decorre do pensamento do Poder Legislativo, e este exerce a representação do povo²¹⁹.

Os princípios, pela missão jurídica e política diferente das regras, está associado ao ideal de justiça, segundo Luis Roberto Barroso “de fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos”²²⁰, complementa o doutrinador que “em razão do seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça”²²¹.

A esse respeito, Ana Paula Barcellos ensina que “fundada, em boa parte, na segurança jurídica, a regra tende à rigidez; já os princípios, inspirados por uma ideia de justiça,

²¹⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 245.

²¹⁷ “Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.” Idem – **Op. Cit.** p. 247.

²¹⁸ Idem – **Op. Cit.** p. 246.

²¹⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 248.

²²⁰ BARROSO, Luis Roberto – **Op. Cit.** p. 248.

²²¹ Idem – **Ibidem**.

pretendem adaptar-se às circunstâncias dos casos concretos e, por isso, contêm em si uma boa dose de flexibilidade, operando em uma dimensão de peso”²²².

Como registra Robert Alexy “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²²³. Aduz ainda o autor que “Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”²²⁴. Já as regras, para este autor “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”²²⁵.

Por seu turno, Canotilho sugere cinco critérios para distinguir norma entre regras e princípios, sendo eles: Grau de abstração; Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito; Proximidade da ideia de direito e Natureza normogenética²²⁶. Para este autor, a ideia de princípio e regras assemelha-se a exposição de Robert Alexy uma vez que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência²²⁷.

²²² BARCELLOS, Ana Paula – **Curso de Direito Constitucional**. p. 35.

²²³ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 90.

²²⁴ Idem – **Ibidem**.

²²⁵ Idem – **Op. Cit.** p. 91.

²²⁶ “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos. a) Grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadora (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Op. Cit.** p. 1160.

²²⁷ “As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a conveniência dos princípios é conflitual, a conveniência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigência de optimização, permitem o balanceamento de

Na contribuição de Jorge Reis Novais, o modelo de ponderação baseado na teoria dos direitos fundamentais como princípio, “os direitos sociais devem ser considerados como direitos fundamentais *prima facie*, a realizar pelo Estado com um alcance tão maximizado quanto possível em função dos resultados de uma ponderação com os princípios de sentido contrário que lhes possam ser opostos no caso concreto”²²⁸.

Nesse sentido, explica o citado autor que enquanto “nos direitos de liberdade, trata-se apenas de balancear, nos dois pratos da balança, os pesos do direito fundamental restringido, num lado, e os bens que justificam a respectiva restrição, no outro”²²⁹, quando se trata de direitos sociais “ao peso material dos bens que se opõem à realização do direito social deveria ser acrescido o peso da escassez de recursos financeiros para realizar o direito social e o peso da dificuldade formal representada pela ingerência do juiz na reserva de competência orçamental do legislador”²³⁰.

Em tempo, registre-se que o poder constituinte originário ao optar por uma ou outra espécie normativa, não o faz de forma desordenada, mas de acordo com a função que cada uma delas pode satisfazer na lei fundamental de um Estado. Assim, ao prezar pela estrutura de regras o constituinte estabelece modo de agir específico, e por reflexo, restringe a atuação do poder político. Por outro lado, ao prestigiar a estrutura de princípios, como há indicação de sentido geral, um norte a ser seguido, é possível que as maiorias políticas ponderem suas escolhas. Acerca de tal tema, Luis Roberto Barroso ensina que é preciso estabelecer essa distinção em razão de limitar a interpretação dos poderes constitucionais²³¹.

valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos [...]. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).” Idem – **Op. Cit.** p. 1161.

²²⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 267.

²²⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 269.

²³⁰ Idem – **Ibidem.**

²³¹ Essa função diferenciada de princípios e regras tem importante repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional – sobretudo o intérprete judicial – e o legislador. A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática. É preciso distinguir, portanto, o que seja abertura constitucional do que seja silêncio eloquente. BARROSO, Luis Roberto – **Op. Cit.** p. 250.

Por fim, os princípios são valorativos e sua aplicação e sentido gozam de elasticidade. Desse modo, é o que acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem alteração da sua definição em razão dos ideais políticos, filosóficos, jurídicos, ideológicos, sociais e religiosos do intérprete a época de sua avocação. Por essa razão, para o presente trabalho passaremos a analisar com mais detalhe esse princípio.

3.2 Os direitos sociais prestacionais e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana

Antes de qualquer outra análise é importante compreender no que consiste o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, vale registrar que a Carta Portuguesa em seu artigo 1.º assegura como princípio fundamental do Estado lusitano a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, a Constituição Brasileira também consagra no seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Uma vez visto o amparo legal que tanto Portugal quanto Brasil dispõem sobre a dignidade humana, é preciso compreender como a doutrina define esse princípio fundamental. A princípio, José Marcelo Pimenta destaca que “a dignidade da pessoa humana não pode ser conceituada de maneira fixa, razão pela qual sua tentativa de conceituação é um permanente processo de construção e desenvolvimento”²³². Como se nota, alcançar uma definição precisa para a dignidade da pessoa humana está longe de ser alcançada, uma vez que este princípio sofre influências do contexto político, social e econômico da sociedade na qual está inserido.

Nesse sentido, Rizatto Nunes ensina que “o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna”²³³.

Por seu turno, Jorge Reis Novais explica que a “a dignidade da pessoa humana, [...], tem como núcleo essencial caracterizador dir-se-ia objeto de adesão consensual, todo o mesmo conjunto de princípios ou de elementos que estruturam a relação entre Estado e

²³² PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do Possível e a Força Dirigente dos Direitos Fundamentais Sociais**. p. 83.

²³³ NUNES, Rizatto – **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. p. 73.

cidadãos e que, em consequência, também fundamentam [...] a existência de um catálogo um típico de direitos fundamentais”²³⁴. Inserido nesse catálogo de direitos fundamentais, destaca Jorge Reis Novais a existência de pelo menos quatro ideias, a saber: a de um valor próprio atribuído a pessoa pela sua humanidade; a de igual respeito e consideração dos interesses de cada pessoa; a da pessoa como fim e não como mero instrumento de realização dos interesses de outros; a de que é a pessoa individualmente considerada²³⁵.

Nessa esteira, pela ideia de um valor próprio atribuído a pessoa pela sua humanidade explica Jorge Reis Novais que “de um ponto de vista subjetivo, a base de todo o desenvolvimento dogmático do princípio é a ideia de igual dignidade assente no valor moral supremo reconhecido a cada pessoa pelo fato de o ser, independentemente de características particulares, de comportamentos e de contextos relacionados”²³⁶.

Acerca da ideia de igual respeito e consideração dos interesses de cada pessoa, na sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem estar ensina Jorge Reis Novais que “o reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de produzir o sentido da sua própria dignidade, o que remete para as ideias-chaves da autodeterminação, do livre desenvolvimento da personalidade, da livre e autônoma eleição e adoção de planos de formas de vida”²³⁷.

No que diz respeito à ideia da pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de realização dos interesses de outros assevera Jorge Reis Novais que “o reconhecimento da autonomia individual implica a proscrição da coisificação da pessoa, a reedição de um tratamento que faz um indivíduo simples objeto da intervenção estatal ou que o reduza tão só à condição de mero instrumento para a realização de fins alheios”²³⁸.

Pela ideia da pessoa individualmente considerada, e não há qualquer realidade transpersonalista, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade aduz Jorge Reis Novais que “num estado baseado na dignidade da pessoa

²³⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da pessoa humana**. p. 62.

²³⁵ “Entre eles estão, pelo menos: A ideia de um valor próprio, Supremo e inalienável atribuindo a pessoa só pelo fato de o ser, por simples fato da sua humanidade; a ideia de igual respeito e consideração dos interesses de cada pessoa, na sua vida, da sua autonomia, liberdade e bem estar; a ideia da pessoa como fim e não como mero meio ou instrumento de realização dos interesses de outros; a ideia de que é a pessoa individualmente considerada, e não há qualquer realidade transpersonalista, que justifica a existência do Estado e do poder político organizado da comunidade.” Idem – **Ibidem**.

²³⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 63.

²³⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 65.

²³⁸ Idem – **Ibidem**.

humana, é a pessoa que é um fim em si, enquanto indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista [...]; o estado é meio, instrumento que não existe para si mas que serve as pessoas individuais e concretas²³⁹.

Passadas as análises de cunho legal e doutrinário acerca da dignidade da pessoa humana importa verificar como se dá a atuação desse princípio no Brasil e em Portugal. Inicialmente, no âmbito português, a Constituição de 1976, reconhecia os direitos sociais prestacionais pelo Estado²⁴⁰. Tanto é assim que Ricardo Lobo afirma que “coube a J. J. Gomes Canotilho captar a mensagem dos constitucionalistas da Alemanha social-democrata e introduzi-la em Portugal, para a interpretação do texto de 1976; defendia o insigne jurista a ideia de uma Constituição Dirigente, que definiria direitos a prestações originárias, independentemente da *interpositio legislatoris*”²⁴¹.

Ocorre que a ideia de que os direitos sociais constituem uma expansão dos direitos de primeira geração, os ditos direitos individuais, começou a ser questionada após a derrocada do socialismo. Em tempo, registra-se que a versão original da Constituição Portuguesa de 1976 em seu artigo 2.º previa uma transição para o socialismo, razão pela qual reconhecia a busca pelo bem-estar social acima demonstrado. Nesse diapasão, não é demais registrar que o princípio da reserva do possível, de caráter liberal, se opõe aos direitos sociais prestacionais, conforme será visto com mais detalhes adiante.

Com efeito, sustenta Norberto Bobbio que os direitos sociais além de propagação dos direitos do homem exigem a atuação direta do Estado comumente ofertada pela organização dos serviços públicos enquanto os direitos de liberdade estão na órbita de não atuação pelo Estado²⁴². Porém, tal entendimento é refutado pela ideia de que todos os direitos têm custos de

²³⁹ Idem – **Op. Cit.** p. 62.

²⁴⁰ A constituição portuguesa de 1976 estabelecia, em texto ulteriormente modificado (1982, 1989 e 1997), que incube ao Estado a obrigação de “promover o bem estar e a qualidade de vida do povo, a igualdade real entre os portugueses e a efetivação dos direitos econômicos, sócias e culturais, mediante a transformação das estruturas econômicas e sociais, designadamente a socialização dos principais meios de produção, e aboli a exploração e a opressão do homem pelo homem”. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. p. 64.

²⁴¹ Idem – **Ibidem**.

²⁴² “É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne aquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção do direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma força nova de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nasce contra o super poder do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para a sua realização

Stephen Holmes e Cass Sunstein²⁴³, adiante analisada.

Aliás, Paulo Bonavides adverte que os direitos sociais atravessaram uma crise de execução, pois nasceram com uma ideia de concretização futura e não dispuseram desde logo de instrumentos processuais que garantissem sua tutela. Nesse sentido assevera o autor que “cumprida toda uma trajetória de avanços sociais, das constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte”²⁴⁴

Em tempo, é importante salientar que os trabalhos da Assembleia Constituinte da Constituição Brasileira de 1988 sofreu forte influência do constitucionalismo português e por essa razão consagrou um constitucionalismo dirigente pautado num Estado intervencionista na seara econômico-social, conforme é possível vislumbrar nos artigos 1.º e 3.º da Lei Fundamental Brasileira. Além disso, no seu artigo 5.º, §1.º determina que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, todas as normas de direitos fundamentais, inclusive as de direitos sociais, gozam de efeito a partir da publicação da Constituição. Inclusive sobre esse tema é importante citar que além da previsão de proteção aos direitos fundamentais a Carta Magna pátria estabeleceu os instrumentos processuais para a satisfação desses direitos quando ofendidos ou não protegidos, a exemplo do mandado de segurança e mandado de injunção previstos no artigo 5.º, LXIX e LXXI, respectivamente.

Importante ressaltar que embora se considere competência do legislador a disciplina e alcance de efetivação dos direitos sociais reconhece-se que sua atuação encontra limite ao núcleo essencial de direitos sociais já efetivados por meio de leis, o que indubitavelmente impede o retrocesso de direitos sociais²⁴⁵.

prática, ou seja, para passar a declaração puramente verbal sua proteção efetiva precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. BOBBIO, Norberto – **Op. Cit.** p. 67.

²⁴³ “É o que advertem os juristas Stephen Holmes e Cass Sunstein, que, embora ideologicamente liberais, reconhecem que todos os direitos fundamentais, individuais ou sociais, exigem o aporte econômico pelo Estado, desfazendo-se a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos, ante a constatação dos custos resultantes da efetividade de direitos fundamentais de primeira dimensão/geração. Isso porque a manutenção de uma estrutura de fiscalização de direitos individuais como a vida, a propriedade ou a segurança pública reclama, necessariamente, investimentos em recursos materiais e humanos, afastando a falsa percepção de que não onerariam o patrimônio público”. SOARES, Ricardo Mauricio Freire – **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. p. 158.

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. p. 390

²⁴⁵ “Segundo J. J. Gomes Canotilho, a vedação do retrocesso desponta como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado mediante medidas legislativas, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou

3.3 O Princípio da Reserva do Possível na prestação dos direitos sociais prestacionais.

3.3.1 Antecedentes Históricos

Inicialmente é preciso reconhecer que a concepção de reserva do possível como elemento central à escassez de recursos, quer jurídica ou econômica, emergiu como uma licença para o Estado não efetivar os direitos fundamentais dos seus nacionais²⁴⁶. Por essa razão, antes de analisar o caso que na Alemanha fez surgir o princípio da reserva do possível é preciso, porém, verificar os antecedentes políticos que movimentavam a Europa do pós-guerra.

Nesse sentido, durante as reuniões na Assembleia Geral das Nações Unidas para celebração de dois pactos, a saber: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, houve uma divisão de cunho político-filosófico assentada sobretudo na oposição entre direitos de defesa e prestacionais. A esse respeito, José Marcelo Pimenta esclarece que “ficou patente a posição extremamente cautelosa do ocidente capitalista quando se tratava de consagrar direitos sociais e econômicos, principalmente. O receio dos países ocidentais ancorava-se no custo da efetivação do segundo pacto, especialmente no que pertine aos direitos sociais”²⁴⁷. Assevera ainda este autor que “na ideia aparentemente óbvia de que os direitos civis e políticos não precisavam de aportes recursais significativos para sua efetivação e respeito (seriam direitos baratos) e que os direitos econômicos, sociais e culturais teriam alto custo (seriam direitos caros), os países ocidentais conseguiram aprovar pactos distintos”²⁴⁸.

Para Antonio Augusto Cançado Trindade citado por José Marcelo Pimenta “pressupunha-se, na época, que enquanto, os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação ‘imediata’, requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos

compensatórios, se traduzam, na prática, em anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador encontra, portanto, o núcleo essencial já realizado como o limite de sua atuação”. SOARES, Ricardo Mauricio Freire – **Op. Cit.** p. 159.

²⁴⁶ “A reserva do possível tem como elemento chave a escassez de recursos, seja real, seja jurídica, o que a faz surgir como uma “válvula de escape” para o Estado não integralizar os direitos fundamentais sociais dos cidadãos.” PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 99.

²⁴⁷ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 104.

²⁴⁸ Idem – **Ibidem.**

econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressiva, requerendo obrigações positivas do Estado”²⁴⁹.

No entendimento de Flávia Piovesan, o sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos “nasce como resposta aos horrores perpetrados ao longo da Segunda Guerra Mundial, com a perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana. Tem ainda por vocação evitar e prevenir a ocorrência de violações a direitos humanos”²⁵⁰.

Nessa linha, destaca a autora que “o catálogo de direitos da Convenção Europeia compreende fundamentalmente direitos civis e políticos, sob a inspiração do ideário democrático liberal e individualista, a expressar os valores dominantes e consensuais da Europa ocidental”²⁵¹. Afirma ainda a autora que “os direitos sociais, econômicos e culturais advieram apenas com a adoção da Carta Social Europeia, que estabelece a implementação progressiva desses direitos, bem como uma sistemática de supervisão restrita a relatórios periódicos, a respeito dos avanços alcançados”²⁵².

Em tempo, insta registrar que o princípio da progressividade foi expressamente consagrado no artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e culturais²⁵³. Desse modo, é possível constatar que a alegação de caráter econômico a efetividade dos direitos sociais prestacionais já se apresentava como escusa a prestação estatal.

3.3.2 Princípio da Reserva do Possível: do surgimento a aplicabilidade.

Inicialmente, no que corresponde ao surgimento do princípio da reserva do possível, Ana Carolina Lopes Olsen, explica que se tratava de “dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da

²⁴⁹ Idem – **Ibidem**.

²⁵⁰ PIOVESAN, Flávia – **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. p. 127.

²⁵¹ Idem – **Op. Cit.** p. 131.

²⁵² PIOVESAN, Flávia – **Op. Cit.** p. 131.

²⁵³ “art.2º. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto pelo 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 apropriado, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” - PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 105.

compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso (*numerus clausus*), e a Lei Fundamental”²⁵⁴.

Nessa esteira, de acordo com José Marcelo Pimenta baseado em Jürgen Schwabe, é indispensável esclarecer “o §17 da Lei Universitária de Hamburgo, determinava que a admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento”²⁵⁵.

Por sua vez, continua esclarecendo o doutrinador que a Lei de Admissão às Universidades Bávaras não só continha em seu art. 2.º o princípio de que os números de estudantes para algumas áreas do conhecimento somente poderiam ser limitadas se isso fosse estritamente essencial à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações das universidades, mas também previa que a lei fixava critérios para a distribuição de vagas universitárias, bem como uma autorização da edição de um decreto pelo Ministério de Educação Bávaro para a concretização desses requisitos²⁵⁶.

Ocorre que, como bem destaca Ana Carolina Lopes Olsen, na Alemanha do pós-guerra o número de estudantes nas universidades havia dobrado, porém, sem o acompanhamento do crescimento pelas universidades²⁵⁷. Por essa razão, milhares de jovens procuravam o poder judiciário alegando que com base no art. 12, §1º da Lei Fundamental alemã, “todo alemão tem direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação, e que por isso as universidades não podiam recusar-se a receber os estudantes”²⁵⁸.

No julgamento dos recursos, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não acatou o pedido de inconstitucionalidade das disposições legais dos Tribunais de Hamburgo e Bávaro de Munique. Em outras palavras, o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que a

²⁵⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes – **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 249.

²⁵⁵ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 107.

²⁵⁶ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 107.

²⁵⁷ “No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealizáveis se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema.” OLSEN, Ana Carolina Lopes – **Op. Cit.** p. 249.

²⁵⁸ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 107.

regra de *numerus clausus* estava em conformidade com a Lei Fundamental alemã, logo, não poderia ter a inconstitucionalidade declarada²⁵⁹.

Com efeito, nas suas alegações a Corte suprema alemã argumentou que o Estado germânico realizava tudo aquilo que estava ao seu alcance para efetivar o acesso ao ensino superior aos seus jovens. Segundo o entendimento do Tribunal, satisfazer individualmente as necessidades dos seus nacionais vai na contramão daquilo que se espera do Estado, posto que atender o interesse de indivíduos compromete outras políticas públicas e por reflexo frustra programas sociais²⁶⁰.

Para José Marcelo Pimenta “a questão central para o Tribunal alemão não parece ter sido financeira, enquanto escassez absoluta de recursos, mas sim dizia respeito à razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada²⁶¹”. Afirma ainda este autor que “mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída por este Tribunal, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável”²⁶². Como se percebe o princípio da reserva do possível consagrado na Alemanha está associado a razoabilidade e proporcionalidade da questão exigida pelo indivíduo perante o Estado e a sociedade por aquilo que é racionalmente possível de ser demandado.

No Brasil, porém, a análise da razoabilidade e proporcionalidade deu lugar a análise dos cofres cheios, pois, enquanto na Alemanha “a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais sociais, haja vista não lhes caber pleitear além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo, portanto, sua obrigação

²⁵⁹ “No caso da discussão a respeito do *numerus clausus*, o que estava em discussão não era somente o acesso ao ensino superior, mas o direito do cidadão exigir vaga para particularmente um curso (o de Medicina), direito ligado à liberdade de escolha de profissão, garantida pela Lei Fundamental Alemã. Esta liberdade não poderia ser exacerbada a ponto de exigir do Estado um esforço irrazoável, comprometendo inclusive interesses da coletividade.” OLSEN, Ana Carolina Lopes – **Op. Cit.** p. 254.

²⁶⁰ “No contexto da sociedade alemã, a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais na medida em que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo seus deveres constitucionais. Não se pode pretender um plus injustificado, irrazoável. Como na interpretação do famoso caso *numerus clausus*, verifica-se que o Estado fornecia universidades públicas para seus cidadãos, e inclusive havia programas de expansão do número de vagas. Todavia, não estava conseguindo conter a demanda de estudantes, especialmente para o curso de Medicina. Diante disso, não se poderia exigir do Estado que fornecesse universidades públicas para absolutamente todos os cidadãos com interesse individual e particular naquele curso superior. Não é razoável exigi-lo. E este limite fático não viola a proporcionalidade, na medida em que o Estado fizera aquilo que efetivamente estava ao seu alcance.” OLSEN, Ana Carolina Lopes – **Op. Cit.** p. 258.

²⁶¹ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 108.

²⁶² Idem – **Ibidem**.

constitucional²⁶³, no direito pátrio, deu lugar à questão da disponibilidade de recursos e custos dos direitos²⁶⁴.

Em tempo, é oportuno despertar a atenção para o fato de que, no âmbito da Europa, o debate em volta do alcance do Estado Social com o contingenciamento de verbas destinadas a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais foi possível em razão da inauguração do sistema econômico típico do Estado Providência no velho mundo. Desse modo, é possível questionar a importação do princípio da reserva do possível para o Brasil, uma vez que o nível de efetivação dos direitos sociais em terras tupinambaranas nunca alcançou os índices europeus.

Inclusive a esse respeito, Andreas Joachim Krell *apud* José Marcelo Pimenta, “assevera ser questionável a transferência para países periféricos de teorias jurídicas desenvolvidas em países centrais do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, socioeconômicas completamente diferentes”²⁶⁵.

Com efeito, não é demais lembrar que para maior assertividade no uso de técnicas de aplicação do direito instituídas por outras nações, o método de comparação deve ser subsidiado por um antecedente conhecimento acerca do contexto social, político e cultural que justificou determinada interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Nesse sentido, José Marcelo Pimenta ressalta que “o uso de elementos jurisprudenciais ou doutrinárias estrangeiras abre margem à discricionariedade judicial e a problemas decorrentes da má compreensão do direito de origem alienígena ou impropriedade da transposição pela diversidade de contextos”²⁶⁶.

Sendo assim, considerando que a Alemanha e o Brasil estão em posições econômicas distintas, e que esse requisito é substancial para a efetividade dos direitos sociais prestacionais

²⁶³ Idem – **Op. Cit.** p. 112.

²⁶⁴ “O que importa ressaltar neste momento é a “mudança de roupagem” que sofreu a reserva do possível ao ingressar no Brasil, passando a valorizar mais a questão da escassez de recursos em detrimento da questão da razoabilidade e proporcionalidade, como era a construção originária alemã. Em análise da doutrina e jurisprudência brasileira. Observa-se que hoje vem sendo considerada como reserva do possível toda a restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja ela compreendida como inexistência ou insuficiência econômica dos recursos (escassez real ou econômica), seja compreendida como indisponibilidade jurídica de tais recursos (escassez ficta ou jurídica)”. Idem – **Op. Cit.** p. 113.

²⁶⁵ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 114.

²⁶⁶ Idem – **Op. Cit.** p. 115.

em patamares visíveis pela sociedade, não se apresenta razoável a importação dessa técnica de interpretação e aplicação no direito brasileiro²⁶⁷.

Por isso, na análise do caso de acesso aos direitos constitucionais restrito por *numerus clausus*, o que se buscou a luz do contexto apresentado foi restringir a interpretação extensiva dos direitos fundamentais prestacionais, em especial os direitos sociais, no âmbito de atendimento de necessidades individuais, posto que ultrapassava do aceitável a ser exigido do Estado. Ademais, a razoabilidade estava no cerne da decisão, ficando o caráter financeiro em segundo plano de fundamentação do julgado. Nesse sentido, Jorge Reis Novais colabora explicando que “nesta ideia de razoabilidade da exigência vinham incluídas considerações atinentes as circunstâncias concretas do caso, designadamente, as condições materiais e recursos próprios do particular titular do direito, o que poderiam influenciar a razoabilidade do tipo de exigências dirigidas ao Estado”²⁶⁸.

Como se percebe, a aplicação do princípio da reserva do possível na Alemanha estava substancialmente associada a proporcionalidade e razoabilidade. Ao contrário disso, no Brasil, houve uma inversão de interpretação uma vez que a escassez de recursos financeiros foi colocada como o núcleo da questão enquanto a razoabilidade e proporcionalidade passaram ao caráter secundário das decisões. A esse respeito José Marcelo Pimenta disciplina que “A construção virou: os direitos fundamentais sociais serão efetivados dentro da reserva do possível, isto é, dentro da capacidade financeira do Estado; quando a construção original era: os direitos fundamentais sociais serão efetivados dentro daquilo que for razoável exigir do Estado”²⁶⁹.

Por sua vez, a aplicação do princípio da reserva do possível em Portugal também merece ser analisada. Nessa esteira contribui Jorge Reis Novais advertindo do risco de considerar-se categoricamente que os direitos de liberdade são plenamente realizáveis em razão de não exigirem custos, enquanto os direitos sociais não são. Esclarece o autor que o que se deve identificar é o direito ou dever que está em questão no caso concreto, posto que a partir dessa análise se determinará o regime jurídico adotado para resolver o caso²⁷⁰.

²⁶⁷ “A construção originária alemã trazia a razoabilidade e a proporcionalidade como elemento primário de sua discussão, enquanto a questão de escassez de recursos só era tratada de forma secundária. Já aqui no Brasil, quando de sua importação. Houve uma inversão destes polos: a escassez de recursos só foi guinada a elemento principal de discussão, enquanto a razoabilidade e a proporcionalidade passaram a ser tratadas de forma secundária, quando, não raro, muitas vezes, esquecidas”. Idem – **Op. Cit.** p. 117.

²⁶⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 92.

²⁶⁹ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 118.

Na lição de Jorge Reis Novais considerando os direitos fundamentais como um todo, há nos dois tipos de direitos modalidade de afetação pela reserva do financeiramente possível, porém, com grandes diferenças. Explica o autor que “direitos de liberdade normalmente não custam [...]; a reserva do possível só os afeta relativamente aos deveres estatais destinados à promover o acesso individual a esses bens ou a garantir a sua efetividade prática através da criação de institutos, procedimentos, serviços, apoios, ou compensações”²⁷¹.

Por outro lado, afirma o autor que em relação aos bens protegidos pelos direitos sociais estes como “são bens escassos, custosos, procuráveis no mercado, então a reserva do financeiramente possível, em geral afeta-os intrinsecamente; só não os afeta relativamente aos deveres estatais de respeito e não impedimento do acesso a esses bens por parte dos particulares”²⁷².

Por sua vez, José Marcelo Pimenta participando da opinião de Vicente de Paula Barreto afirma que a reserva do possível está associada ao neoliberalismo econômico, porquanto a sua justificativa pauta-se nos custos de direitos e denega a prestação de direitos sociais pelo Estado²⁷³. A reserva do possível é explicada por José Marcelo Pimenta como “uma restrição fática e jurídica, que condiciona, excepcionalmente, os direitos fundamentais sociais à existência fática e jurídica dos recursos, bem como ao exame da razoabilidade e proporcionalidade, tanto do ponto de vista do indivíduo, quanto do Estado”²⁷⁴.

Em tempo, registra José Casalta Nabais, sustentado no pensamento de Stephen Holmes e Cass Sunstein, que todos os direitos têm custos comunitários, o que ocorre é que os custos dos direitos comumente só são apontados para os direitos sociais, ficando os direitos de liberdade no esquecimento quanto aos seus custos²⁷⁵.

²⁷⁰ “Numa situação concreta de vida prática, um conflito envolvendo o direito à vida ou o direito ao ensino não podemos bastar-nos com dizer que se trata, no primeiro caso, de um direito de liberdade e, no segundo, de um direito social, uma vez que não podemos pretender resolver o problema da eventual aplicação de uma reserva do possível com base nessa distinção. Temos, sim, de nos preocupar em identificar qual a pretensão, direito ou dever que estão em causa no caso concreto e, só então, determinando a natureza de direito de liberdade ou de direito social especificamente em causa na situação concreta, enquadrar o regime jurídico que deve presidir à resolução do caso.” NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 266.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 111.

²⁷² Idem – **Ibidem**.

²⁷³ “a reserva do possível seria um argumento decorrente ao neoliberalismo contemporâneo, sob o disfarce de uma racionalidade enganosa, que toma a reserva do possível como limite fático à realização dos direitos sociais prestacionais.” PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Op. Cit.** p. 127.

²⁷⁴ Idem – **Op. Cit.** p. 129.

Nesse mesmo pensamento Jorge Reis Novais acrescenta que não se pode deduzir que por serem os direitos sociais afetados pela reserva do possível estariam os direitos de liberdade isentos da necessidade de recursos financeiros e tampouco considerados como direitos mais baratos, porquanto há possibilidade de o Estado despender muito mais recursos para garantir um direito de liberdade do que promover um direito social²⁷⁶. Afirma o autor que “não haveria, efetividade dos direitos de liberdade negativos caso não houvesse, da parte dos poderes públicos, prestações positivas destinadas a garanti-los institucionalmente e, desde logo, a defendê-los de ameaça ou de agressões provindas de outros particulares”²⁷⁷, posto que se a concretização dos direitos de liberdade se limitassem a abstenção estatal cabendo ao particular os demais atos de garantia dos seus direitos, não se teria a definição e importância que os direitos de liberdade possuem atualmente²⁷⁸.

Aduz ainda Jorge Reis Novais a injustiça social que recai sobre os custos para a promoção dos direitos de liberdade, como por exemplo no caso do direito de propriedade, no qual aqueles que possuem mais propriedades se favorecem mais dos investimentos públicos efetuados para a proteção geral da propriedade²⁷⁹.

Ademais, em oposição a doutrina neoliberal, a demonstração de que todos os direitos têm custos acabou sucumbindo a alegação de que os direitos de liberdade não teriam custos ao Estado enquanto os direitos sociais necessitavam de vultuosos somas. Corroborando esse

²⁷⁵ “Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm, portanto, custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito.” NABAIS, José Casalta – **Por uma liberdade com responsabilidade**. p. 176.

²⁷⁶ Não se trata, com a dedução da existência de uma “reserva do possível” afetando os direitos sociais, de afirmar uma qualquer consideração dos direitos de liberdade, a eles contrapostos, como direitos alheios ou independentes de condicionamentos financeiros, nem sequer de considerar os direitos de liberdade como direitos mais baratos que os direitos sociais. Pode ser exatamente o contrário, ou seja, o Estado pode gastar muito mais na garantia dos direitos de liberdade que na dos direitos sociais. NOVAIS, Jorge Reis – **Op. Cit.** p. 110.

²⁷⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 96.

²⁷⁸ Idem – **Ibidem**.

²⁷⁹ Para tal concluir, bastaria considerar o que ocorre com esse direito negativo tradicional que é o direito de propriedade. Sem o poderoso arsenal de normas, instituições, funcionários, proteção policial ou aparelho intervenção judiciais destinados a garantir, preventiva ou repressivamente, a efetividade do direito à propriedade privada, o direito negativo seria incapaz, por si só, de desenvolver quaisquer efeitos práticos. Logo, a garantia do direito de propriedade, contabilizados todos os recursos estatais de colocados na sua proteção, não terá menor peso orçamental que a proteção de qualquer um dos direitos sociais. Mais ainda, há um fator de injustiça social que agrava sobremaneira o peso destes custos quando comparado com o custo dos direitos sociais, qual seja o da sua natureza regressiva, já que, sendo as receitas uniformemente aplicadas a defesa da propriedade todos, quem tem mais propriedades acaba por beneficiar mais do investimento público feito na proteção em defesa gerais da propriedade. Idem – **Ibidem**.

entendimento José Marcelo Pimenta afirma que “a própria noção de Estado ‘mínimo’, defendida pelo neoliberalismo, fica comprometida, uma vez que as liberdades defendidas pelos neoliberais só têm sentido caso protegidas por órgãos eficazes do Estado, o que custa tanto ou mais recursos do que os direitos sociais”²⁸⁰.

Dessa forma, como ficou demonstrado, o princípio da reserva do possível deve ser aplicado em observância equivalente tanto do aspecto econômico quanto da razoabilidade e proporcionalidade, pois, a supremacia de um sobre o outro deturpa o objetivo para o qual princípio foi criado. Ao contrário disso, no Brasil a reserva do possível passou a ser avocada pelo governo apenas como escusa a efetividade de direitos prestacionais uma vez que elevou a evidência dos aspectos econômicos do princípio em tela e relativizou a razoabilidade e proporcionalidade na análise dele. Ademais, vale lembrar que no Brasil o nível de efetivação dos direitos sociais não foi satisfatório, o que mais uma vez de forma indubitável afasta a tropicalização da reserva do possível.

²⁸⁰ PIMENTA, José Marcelo Barreto – **Op. Cit.** p. 131.

Conclusão

Esta dissertação de mestrado assumiu como objetivo compreender a construção dos direitos fundamentais sociais bem como analisar a sua prestação no direito comparado português e brasileiro. Para tal, este estudo apoiou-se no exame de como a intensa reivindicação de setores sociais insatisfeitos com o domínio estatal contribuiu para a ideia nascente de direitos do homem e que mais tarde se consolidaria como direito fundamental.

Realizou-se em primeiro lugar uma revisão de literatura na qual foi possível verificar que a construção e consolidação dos direitos fundamentais resultou de um processo gradativo cujo cume de insatisfação com a administração do Estado foi fundamentado pelo pensamento iluminista e incentivado pela classe burguesa que há tempos questionava os privilégios de um Estado que a tudo tinha direito sem nada cooperar.

Apresentaram-se perspectivas de diversos autores que defendiam a limitação do poder estatal, a consagração de direitos individuais e um novo modelo de administração do Estado. Nessa linha, alcançou-se a ideia de separação de poderes e viu-se que a atuação dos órgãos legiferantes enquanto representantes do povo desempenhou relevante missão de garantir nas Cartas Magnas estatais o reconhecimento e alcance dos direitos fundamentais, em especial os sociais.

A análise teórica foi desenvolvida em três capítulos no sentido de responder aos objetivos propostos. Deste estudo teórico retiraram-se algumas constatações: em primeiro lugar viu-se a solidificação dos direitos fundamentais sociais a partir da Declaração de Direitos do Homem de 1948; em seguida, foi possível averiguar o papel dos poderes republicanos na promoção das políticas públicas de direitos sociais com reflexos no princípio da separação de poderes, uma vez que por meio da compreensão dos aspectos jurídicos que envolvem os direitos sociais no ordenamento jurídico português e brasileiro, viu-se que no Brasil o ajuizamento de ações de cunho prestacional é viabilizada pelo Poder Judiciário enquanto em Portugal os tribunais restringem-se a análise de controle de constitucionalidade em matéria de direitos fundamentais sociais.

Conclui-se, ainda que a viabilização de direitos sociais pautado no princípio do mínimo existencial para uma vida digna encontra resistência diante da alegação estatal de que as necessidades são infinitas, porém os recursos financeiros públicos são limitados. Nesse contexto, viu-se que no Brasil o legislador constituinte trabalhou ativamente para a realização da justiça social ao estabelecer ao Estado atuação prestacional por meio de normas programáticas e celebração de Pactos Internacionais.

Por sua vez, a Constituição Portuguesa expressamente consagra aplicabilidade direta aos direitos de liberdade, inclusive vinculando as entidades públicas e privadas ao passo que tal referência não é feita ao catálogo dos direitos sociais. Sobre isso, neste estudo veem-se autores que consideram os direitos sociais de natureza análoga aos de liberdade, e que por força do artigo 17.º da Constituição Portuguesa confirma a sua aplicabilidade imediata.

Conforme foi possível analisar, a importação dessa teoria surgida na Alemanha para o Brasil foi realizada de forma equivocada porquanto destacou-se o aspecto econômico como única premissa da teoria. Neste estudo confirmamos a opinião de autores que criticam a tropicalização da teoria da reserva do possível sem analisar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade que sustentaram tal teoria.

Além disso, viu-se que o pecado original da doutrina tradicional foi ater-se a análise classificatória dos direitos fundamentais (direito de liberdade ou direito social) sem preocupar-se com o critério de distinção dogmática, e sem considerar o que realmente diferencia os direitos fundamentais e o volume de controle judicial que recai sobre suas violações.

Este estudo apresenta a limitação de não ser possível definir com precisão o que corresponde os direitos sociais em razão do conceito aberto que envolve o tema. Além disso, no aspecto de aplicabilidade abordou-se os aspectos que justificam sua classificação como norma e como princípio, ou seja, se em sede de direitos fundamentais sociais os mandamentos de otimização que fundamentam os princípios se sobrepõem a ideia de tudo ou nada que circunda as normas. Em suma, importa saber se em direitos fundamentais sociais deve-se estabelecer a segurança jurídica associada a regra ou a justiça social relacionada aos princípios.

Uma outra limitação desse estudo está associada ao que corresponde ao atendimento dos direitos sociais já que tutelar direitos sociais a indivíduos específicos com base no mínimo necessário para uma vida digna pode comprometer orçamentos destinados a políticas públicas e programas sociais que atendem a coletividade. Apesar das limitações identificadas, e de outras que podem ser apontadas, considera-se que o estudo realizado permitiu compreender o contexto de construção dos direitos sociais e porque sua prestação pelo Estado enfrenta resistência.

Por fim, este trabalho constituiu apenas uma contribuição para o conhecimento de como se opera a efetivação dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, e como o aproveitamento de teorias concebidas em outros países precisam ser estudadas minuciosamente antes de ser importadas e aplicadas no direito interno. Assim, dada a importância do tema considera-se que muito há ainda que percorrer no campo da investigação nesta área, sendo, portanto, um campo fértil de trabalho para outros investigadores.

Referências Bibliográficas

- ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. 2.^a ed. Parede: Príncípia Editora, 2011. ISBN 978-989-7160-32-5
- ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5.^a ed. Suhrkamp Verlag (São Paulo): Malheiros, 2017. ISBN 978-85-392-0073-3
- ALMEIDA, Juliana Evangelista de – A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato [Em Linha]. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, [sl]. Ano XV, n. 99 (abr 2012). [Consult. 08/07/2017]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11306
- ANDRADE, José Carlos Vieira – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAUJO, Daniel de – **História Geral**. São Paulo:Saraiva, 2016.
- ARISTOTELES – **A Política**. Trad. Editora Martin Claret Ltda. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.
- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de – **A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça**. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9226-0
- BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy de - **Introdução à história do direito**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8826-1
- BARCELLOS, Ana Paula de – **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 978-85-309-8011-5
- BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio – **Vade Mecum especialmente preparado para OAB e Concursos**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4124-7
- BARROSO, Luis Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-536-0104-2

BOBBIO, Norberto – **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. [sd]. [sn]. [sl]. ISBN 85-230-0031-3

BOBBIO, Norberto – **A era dos direitos**. [sd]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. ISBN 85-352-1561-1

BONAVIDES, PAULO – **Curso de Direito Constitucional**. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN 978-85-392-0402-1

BOTELHO, Catarina Santos – **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6058-3

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, [sd]. ISBN 978-972-40-2106-5

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1215-3

CARVALHO, Manuel Proença de – **Manual de Ciência Política e Sistemas Políticos e Constitucionais**. 3.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-497-3

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do direito**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 19.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-722-6

CUNHA, Paulo Ferreira – **Direitos Fundamentais, fundamentos & direitos sociais**. Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-724-682-3

DESPACHO nº 113/2009. D. R. II Série. (15-06-09) 23439 – 23444. [Consult. 03 jun. 2019]. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/1191479/details/maximized>>

DUARTE, Ronnie Preuss – **Garantia de Acesso à Justiça: Direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-1510-6

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Princípios Fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito**

- comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro.** 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22076-8
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **Direitos Humanos Fundamentais.** 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-20851-3
- GIANNOTTI, Vito – **História das lutas dos trabalhadores no Brasil.** 3.^a ed. Rio de Janeiro: Mauad, 2007. ISBN 978-85-7478-211-9
- JELLINEK, Georg – **A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno.** Trad. Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9964-9
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa – **Direito do trabalho.** 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9392-0
- MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito.** 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MADUREIRA, Maiara – **Limitações à autonomia privada nos estatutos das companhias abertas** [Em Linha]. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014. 252 f. Dissertação em Direito Comercial. [Consult. 08/07/2017]. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjquvDnyPrUAhUHyyYKHRXjBx4QFggiMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2132%2Ftde-11022015-130827%2Fpublico%2FDissertacao_Maiara_Madureira_versao_resumida.pdf&usg=AFQjCNHFpv_dslamy8bB2n-jliOIW5B7HA
- MAGNA Carta 1215 [Em Linha]. [Consult. 15 Abr. 2018]. Disponível em <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/MAGNA%20CARTA%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf>
- MARTINS, Flavia Bahia – **Direito Constitucional.** 2.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. ISBN 978-85-7326-489-7

- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONETBRANCO, Paulo Gustavo – **Curso de Direito Constitucional**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07819-2
- MIRANDA, Jorge – **As Constituições Portuguesas**. 6.ª ed. Cascais: Principia editora, 2013. ISBN 978-989-716-106-3
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004. ISBN 85-88466-54-6
- NABAIS, José Casalta – **Por uma liberdade com responsabilidade**. [sl]:Coimbra editora, 2007. ISBN 978-972-32-1467-3
- NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da pessoa humana v. 1: Dignidade e direitos fundamentais**. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016. ISBN 978-972-629-076-6
- NOVELINO, Marcelo – **Direito Constitucional**. 6.ª ed. São Paulo: método, 2012. ISBN 978-85-309-4003-4
- NUNES, Rizatto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-536-0449-4
- OLSEN, Ana Carolina Lopes Olsen – **Direitos Fundamentais Sociais**. 2.ª ed. Curitiba: Juruá, 2018. ISBN: 978853627604-5
- PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines – **Constitucionalismo: Origem e evolução histórica**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2013. 29f. Monografia em Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional.
- PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do Possível e a Força Dirigente dos Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN 978-85-362-5528-6

- PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e justiça internacional : um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 9.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553610198
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi – **História da Cidadania.** 3.^a ed. São Paulo: Contexto, 2005. ISBN 85-7244-217-0
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. **História do direito no Ocidente: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6432-0
- SARLET, Ingo Wolfgang – **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12.^a ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. ISBN 978-85-7348-935-4
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de – **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 8.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. ISBN 978-85-7348-886-9
- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-82-02-13945-9
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”.** 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN 978-85-7348-673-5. p. 63-78.
- ZENKNER, Marcelo – **A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Uma análise comparativa.** Themis. Coimbra: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a.12, n.º 22-23 (2012), p.219-259. ISSN: 2182-9438
- WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito: tradição no Ocidente e no Brasil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8729-9

