



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**O CONTROLE DE EVIDÊNCIA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PORTUGUÊS, EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS, EM TEMPOS DE CRISE: UMA AFIRMAÇÃO DO DOGMA
DO LEGISLADOR NEGATIVO?**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Bruno Moreira Souza

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número do candidato: 20151552

Junho de 2019

Lisboa

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, porque é dele que vem tudo que sou e o que tenho, especialmente a capacidade intelectual.

Agradeço a Carina Senna, mãe do meu filho, por todo o apoio.

Agradeço aos meus pais, Fernando e Josélia, por terem me dado educação e incentivo a realizar este trabalho.

Agradeço ainda aos professores da Universidade Autónoma de Lisboa, na pessoa do meu orientador, Professor Dr. Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário, pela orientação e partilha de conhecimentos e experiência nessa jornada académica.

Agradeço por fim a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização dessa dissertação.

Muito obrigado!

RESUMO

O papel do Tribunal Constitucional português na fiscalização abstrata de constitucionalidade, em matéria de direitos sociais, em especial em tempos de crise, é tema que suscita debates doutrinários, especialmente em razão de as Constituições, como a Constituição da República Portuguesa de 1976, não trazerem uma solução objetiva no que tange à medida da intervenção hermenêutico-constitucional na liberdade conformativa do legislador. No intuito de analisar e apresentar um pensamento sobre o tema, mister se faz o estudo do que seja a jurisdição constitucional, a fiscalização de constitucionalidade em Portugal, em especial a abstrata, e alguns de seus elementos históricos, o conceito dos direitos sociais e seu enquadramento ou não como direito fundamental, além de aspectos conceituais de reserva do possível e mínimo existencial. Faz-se necessário traçar uma ideia do que seja o direito em tempos de crise, bem como resgatar o estudo do dogma kelseniano do legislador negativo, este como elemento norteador à compreensão do papel a ser exercido pelo Tribunal Constitucional, de modo a se constatar se o controle de evidência, defendido por alguns doutrinadores, seria ou não um adequado resgate de um conceito clássico de atuação limitada do Poder Judiciário em matéria de fiscalização dos atos legislativos, haja vista questões de limitações vividas pelo Estado garantidor de direitos sociais.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; Fiscalização de constitucionalidade; Direitos sociais; Dogma do legislador negativo e controle de evidência.

ABSTRACT

The role of the Portuguese Constitutional Court in the abstract review of constitutionality, in matters of social rights, especially in times of crisis, is a subject that raises doctrinal debates, especially because the Constitutions, like the Constitution of the Portuguese Republic of 1976, do not bring an objective solution as far as the measure of hermeneutic-constitutional intervention in the conforming freedom of the legislator is concerned. In order to analyze and present a thought on the subject, it is necessary to study the constitutional jurisdiction, the review of constitutionality in Portugal, especially the abstract, and some of its historical elements, the concept of social rights and its or not as a fundamental right, as well as conceptual aspects of the reserve of the existential possible and minimum. It is necessary to trace an idea of what is right in times of crisis, as well as rescue the study of the Kelsenian dogma of the negative legislator, this as a guiding element to the understanding of the role to be exercised by the Constitutional Court, in order to verify if the control of evidence, defended by some indoctrinators, would be an adequate rescue of a classic concept of limited action of the Judiciary in relation to the supervision of legislative acts, considering issues of limitations experienced by the State guaranteeing social rights.

Keywords: Constitutional Court; Inspection of constitutionality; Social rights; Dogma of the negative legislator and control of evidence.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	2
RESUMO	3
ABSTRACT.....	4
S U M Á R I O	5
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	10
1.1. Breve Abordagem Histórico-Normativa.....	12
1.2. Tribunal Constitucional.....	20
1.2. 1. Situação Orgânico-Funcional	20
1.2. 2. Composição e garantias	23
1.2. 3. Competência em matéria de fiscalização de constitucionalidade	27
1.3. Dimensão Política da Fiscalização de Constitucionalidade	34
2. DIREITOS SOCIAIS.....	41
2.1 Conceito	41
2.2 Surgimento no Constitucionalismo e Consagração em Portugal	44
2.3 Direitos Sociais são Direitos Fundamentais?.....	53
2.3.1 Objeções dogmáticas ao reconhecimento.....	56
2.3.2 Direitos sociais enquanto direitos fundamentais.	59
2.3.3 Vinculação ao legislador?.....	67
2.4 Da “Reserva Do Possível” e “Mínimo Social”	74
2.4.1 Significado dos termos.....	74
2.4.2 O dilema em tempos de crise	83
3 DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO.....	91
3.1 Significado Segundo Pensamento Kelseniano	92
3.2 O Dogma e a Constituição da República Portuguesa	96
3.3 A Antítese ao Dogma do Legislador Negativo	101
4 O CONTROLE DE EVIDÊNCIA, PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS.....	107
4.1 Conceito de Controle de Evidência	107
4.1.1 Argumentos favoráveis ao controle de evidência.....	110

4.1.2	Críticas à ideia de controle de evidência	117
4.2	O Controle de Evidência, em Matéria de Direitos Fundamentais Sociais, em Tempos de Crise, deve ser uma Afirmação do Dogma do Legislador Negativo?	123
4.3	Compatibilização do Dogma do Legislador Negativo a uma Postura Proativa do Tribunal Constitucional	125
	CONCLUSÃO	131
	BIBLIOGRAFIA.....	137

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRP	Constituição da República de Portugal
TC	Tribunal Constitucional
LTC	Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

INTRODUÇÃO

Os cenários de austeridade econômica, seja em Portugal, seja em outras sociedades politicamente organizadas para além dos limites territoriais da União Europeia, traz à debate o papel do Poder Judiciário quando julga a constitucionalidade de medidas legislativas que reduzem direitos sociais.

A discussão é instigada por um cenário de conflito existente entre duas funções soberanas do Estado. De um lado, um Poder Legislativo que é eleito democraticamente para exercer uma preponderante função de invocação da ordem jurídica em meio à aprovação de novas medidas legislativas, regulamentando os direitos sociais previstos na Constituição e que deve estar sensível à realidade econômica que antecede a aprovação das leis. E, do outro lado, um Poder Judiciário, que especialmente na figura do Tribunal Constitucional, tem o dever soberano de fazer prevalecer a norma fundamental e que controla a atividade legislativa aviltante aos direitos fundamentais, nesse universo incluídos os direitos sociais.

O presente trabalho tem por objeto geral investigar em que medida se deve dar o controle judicial do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização de constitucionalidade mais precisamente no abstrato sucessivo, quando medidas legislativas tendem a restringir ou atingir direitos sociais, especialmente em cenário de crise econômica.

A partir do objetivo geral, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: a) tratar da natureza e funções do Tribunal Constitucional de Portugal, com menção à dimensão política das decisões do referido órgão integrante do poder soberano do aludido país; b) discorrer sobre os direitos sociais e aspectos relevantes quanto a sua situação ou não no campo dos direitos fundamentais, bem como acerca do papel do legislador na regulamentação desses direitos; c) buscar uma compreensão acerca do dogma do legislador negativo e sobre o pensamento que a ele se contrapõe; d) identificar no que consiste o controle de evidência, para, ao final, identificarmos qual o papel do Tribunal Constitucional em termos de fiscalização de constitucionalidade dos atos legislativos, notadamente em tempo de crise, bem como aferirmos se esse papel em uma tentativa de resgate do dogma do legislador negativo.

A hodiernidade do tema torna o estudo do objeto do presente trabalho instigante, não só para quem atua no ramo do Direito, considerando a necessidade de se buscar conhecimento de diversas áreas da Ciência Jurídica, em especial do Direito Constitucional, mais também para os estudiosos da ciência política e para própria sociedade, na medida em que o conhecimento dos limites de interferência do Poder Judiciário, em matéria de fiscalização de constitucionalidade

no plano de direitos sociais, em tempos de austeridade econômica, é algo que repercute na amplitude da proteção do Estado no tocante às prestações materiais.

O método de abordagem utilizado no presente trabalho monográfico foi o dedutivo. Os métodos de procedimentos para recolha da informação, por sua vez, foram o histórico e o comparativo. A técnica utilizada foi a pesquisa documental e bibliográfica de obras literárias especializadas em Direito, artigos, leis, jurisprudências e atos normativos, dentre outros.

A pesquisa em exame é dividida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo faremos breve abordagem acerca do Tribunal Constitucional de Portugal, com menção a breves apontamentos históricos, à situação funcional, composição e garantias destinadas aos membros do órgão, além de breve estudo sobre competência em matéria de jurisdição de constitucionalidade, especialmente abstrata e sucessiva, desse que é o principal órgão de função jurisdicional de Portugal, abordagem que é finalizada com um estudo sobre a dimensão política das decisões do referido tribunal.

No segundo capítulo, discorreremos sobre os direitos sociais, seu surgimento no constitucionalismo seguido da consagração no ordenamento constitucional português, com menção ao debate acerca do tratamento dos direitos sociais como direito fundamental, assim como trataremos da questão da vinculação ou não do legislador ordinário aos direitos sociais consagrados na norma fundamental.

Ainda no segundo capítulo, abordaremos a “reserva do possível” e “mínimo social” como componentes conceituais indispensáveis à compreensão do papel do Poder Judiciário em matéria de fiscalização de constitucionalidade no campo dos direitos sociais.

No terceiro capítulo trataremos do dogma do legislador negativo, seu significado segundo o pensamento de Hans Kelsen, além de ensinamentos doutrinários acerca do pensamento do referido jusfilósofo. Em seguida, traremos o contraponto ao pensamento kelseniano e onde o referido dogma encontra ressonância na Constituição Federal de Portugal.

Por fim, no quarto capítulo trataremos do controle de evidência porventura realizado pelo Tribunal Constitucional Português em matéria de direitos sociais, com tentativa de conceituação do que seria tal controle, além de abordagem de argumentos favoráveis e contrários a essa forma de interferência tendencialmente contida nas atividades legislativas atinentes aos direitos sociais. Concluiremos o trabalho tentando desvendar se o controle de evidência é ou não uma tentativa de resgate do dogma do legislador negativo e se há como compatibilizar tal dogma a uma posição proativa do Tribunal Constitucional português.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A análise do papel do Tribunal Constitucional Português, quanto ao controle dos atos legislativos em matéria de direitos sociais, requer uma abordagem, ainda que breve, de aspectos conceituais atinentes à jurisdição constitucional, de apontamentos concernentes a fatos do transcorrer histórico do constitucionalismo português e da situação orgânico-funcional do referido tribunal na norma fundamental atualmente vigente em Portugal. Ademais, será dado enfoque também na dimensão política da atuação do referido tribunal em matéria de fiscalização de constitucionalidade.

De todo modo, antes de se adentrar nos sobreditos pontos, é pertinente mencionar, numa perspectiva jurídica kelseniana, que Constituição tem como elemento nuclear o regramento sobre órgãos estatais e procedimento de aprovação das leis, além de possuir um catálogo de direitos fundamentais, pelo que impõe diretivas, princípios e limites para a legislação vindoura¹, afinal, a ideia de Constituição que conhecemos nos dias de hoje é um produto da Modernidade, oriunda da filosofia iluminista e das revoluções burguesas preconizadoras da ideia de limitação jurídica do poder político, em favor dos direitos dos governados².

Ainda segundo Hans Kelsen, a Constituição consiste em norma fundamental que traça não apenas regras de procedimento no tocante à formação de atos legislativos, mas também “*regras de fundo*” que remetem a um conteúdo normativo material, limitador no processo de formação de todos os atos hierarquicamente subordinados e fundamentados na Constituição, raciocínio do qual decorre a distinção entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material³.

Sobre especificamente o instituto da jurisdição constitucional, segundo lição de Teoria Zavaschi, cuida-se de uma conjunto de atribuições judiciais que tem por objeto tratar da investigação do sentido, alcance e aplicação da Constituição⁴, da qual é parte integrante o mecanismo jurídico de substancial influência no processo de afirmação da supremacia da Constituição que é a denominada “fiscalização de constitucionalidade”, definida como atividade estatal de verificação de conformação material e formal das leis ou atos normativos com a norma constitucional, a retratar, assim, uma aferição de parametricidade entre a norma fundamental e a legislação infraconstitucional, de modo a assegurar a supremacia da primeira,

¹ KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. p.130-138.

² GRIMM, Dieter – **Constitución y Derechos Fundamentales**. p. 27-28.

³ KELSEN, Hans – *Op. Cit.* p. 130-138.

⁴ ZAVASCHI, Teori Albino – **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. p. 28.

e a afastar possíveis usurpações de poder, por meio da invalidação dos atos inconstitucionais⁵. Ou seja, a fiscalização de constitucionalidade, compreendida na jurisdição constitucional, consiste na entrega, aos órgãos do Poder Judiciário, da verificação da conformidade de um ato público à Constituição⁶.

Ainda sobre definição de fiscalização de constitucionalidade, Zagrebelsky e Marcenò⁷ ensinam que se trata de juízo relacional que busca firmar uma comparação valorativa entre dois elementos, tendo como parâmetro a Constituição e como objeto uma lei, lei no sentido amplo de ato jurídico-político, e que podem recair sobre o processo de formação das leis (processo legislativo, e ainda incidir sobre omissões constitucionais).

A ideia central de fiscalização de constitucionalidade também repousa na teoria jurídica estadunidense defendida por John Rawls, para quem um dos postulados do constitucionalismo encontra-se na diferenciação entre “*lei mais alta e a lei comum*”, porquanto a primeira emanaria do poder constituinte do povo, ao passo que a lei comum seria a lei ordinária oriunda do exercício do poder legislativo ordinário, pelo que se faz necessário um dever de obediência da lei comum à lei mais alta⁸. Entendimento similar é observado nos ensinamentos de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay⁹, para os quais as decisões do “Povo” soberano estabelecem normas constitucionais, enquanto que as decisões dos governantes ocorrem por meios de leis ordinárias, decretos e outros instrumentos jurídicos regulares de governo, assim se essas decisões dos representantes contrariarem aquelas que emanam da vontade do povo, é impositivo que os juízes declarem a nulidade dos atos que retratam a vontade do corpo legislativo, em prol da prevalência da vontade popular retratada na Constituição.

Convém destacar que a existência de fiscalização de constitucionalidade num determinado Estado pressupõe a presença de uma Constituição formal, com um processo de modificação mais dificultoso do que o das leis infraconstitucionais, assim como também requer um entendimento de Constituição como norma jurídica fundamental, somado à existência de pelo menos um órgão com competência para invalidar normas contrárias à Constituição¹⁰, situação a impossibilitar o exercício desse controle pelo próprio órgão legislativo responsável pela aprovação do ato jurídico-político impugnado¹¹. Para Jorge Miranda, a fiscalização de constitucionalidade tem dois pressupostos, quais sejam: “a existência de uma Constituição em

⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. p. 1.421-1422.

⁶ SILVA, José Afonso da – **Teoria do Conhecimento Constitucional**. p. 276.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria – **Giustizia Costituzionale**. p. 193-195.

⁸ RAWLS, John – **Political Liberalism**. p. 31.

⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John – **O federalista**. 417-418.

¹⁰ MIRANDA, Jorge apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves – *Op. Cit.*. p. 1.423.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. p. 391.

sentido formal”, bem como “a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e regras com a vontade de instituir meios adequados”¹². Por fim, tal existência demanda previsão de sanção para com uma conduta contrária à Constituição¹³.

Conforme será abordado alhures, a fiscalização de constitucionalidade não fica necessariamente confinada a órgão com função típica jurisdicional, porquanto pode ser exercida no âmbito do controle político. Contudo, quando se tem em foco a definição do que seja “jurisdição constitucional”, esta pode ser entendida como a fatia de administração da Justiça cujo objeto específico de atuação dá-se na seara jurídico-constitucional de um Estado¹⁴.

Cabe à jurisdição constitucional, enquanto fatia do poder estatal, precipuamente verificar se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição, atuando como garantidora de direitos fundamentais e de norma de organização primária do Estado, por influência e inspiração de Hans Kelsen¹⁵. Assim, ela tem por escopo corrigir erros do Poder Legislativo, impondo o respeito ao catálogo dos direitos fundamentais, nesse universo incluídos os direitos sociais, já que é função da jurisdição constitucional a garantia do cumprimento da Constituição¹⁶.

1.1. Breve Abordagem Histórico-Normativa

Compreender a fiscalização de constitucionalidade em matéria de direitos sociais, especialmente o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional Português nessa sistemática, demanda uma ligeira abordagem de aspectos pontuais do histórico da referida fiscalização ao longo do transcurso do constitucionalismo português.

Contudo, antes da abordagem da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, importante apontar que essa atividade de fiscalização em defesa da Constituição não floresceu em Portugal. Quando surgida no ordenamento jurídico português, outros países já haviam instituído órgãos e mecanismos destinados à atividade de verificação de conformidade dos atos do Poder Público em face da norma fundamental.

¹² MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 505.

¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – *Op. Cit.* p. 1.423.

¹⁴ FERREIRA, Luiz Pinto – **A Corte Constitucional**. In Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. p. 895-928.

¹⁵ *Idem – Ibidem*.

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo**. p. 644.

É cediço o entendimento de que a concepção de supremacia da Constituição é originária do constitucionalismo norte-americano, quiçá a criação jurídica mais expressiva dos EUA juntamente com o sistema federal¹⁷.

No início do século XIX, surgiu nos EUA um modelo de fiscalização a partir da prática constitucional constituída pela jurisprudência da Corte Suprema, já que não havia, na Constituição Federal dos EUA do ano de 1787, previsão expressa acerca da possibilidade de um juiz deixar de aplicar uma lei decorrente do Parlamento quando contrariasse a Constituição. Formava-se o denominado *judicial review of legislation* no direito estadunidense, a partir de uma criação pretoriana exponenciada por decisão do *Chief Justice* John Marshal, no célebre caso Marbury contra Madison que envolveu disputa por assunção de cargo de juiz de paz no Condado de Washington, Distrito de Columbia, EUA. O referido caso envolveu a solução de um caso de conflito de interesses em caso concreto, em que o juiz Marshall deixou de aplicar uma lei que previa competência da Suprema Corte para julgar o caso, por reputá-la inconstitucional em razão de as competências do referido órgão julgador estarem taxativamente previstas na Constituição¹⁸.

De todo modo, cumpre esclarecer que o modelo norte-americano de fiscalização judicial de constitucionalidade estava limitada a controle incidental a ser realizado na solução de uma controvérsia real e concreta¹⁹, em que a discussão da inconstitucionalidade da norma confrontada com a Constituição compunha matéria prejudicial do pedido principal da ação, sendo que o controle era difuso por reconhecer que caberia a qualquer autoridade judicial exercê-lo e os efeitos da decisão deveriam ficar adstritos às partes do processo, ou seja, *inter partes*, além de retrativo os efeitos da decisão no que tange à temporalidade por compreender que a nulidade do ato controlado é absoluta e pré-existente. Porém, apesar disso, o modelo foi seguido no século XX por países de colonização inglesa como Canadá, Austrália e Índia, além de países de fora da Europa como Brasil, Argentina e Japão²⁰. Aliás, tamanha foi a influência desse modelo que, mesmo a Alemanha e Itália, países seguidores do modelo austríaco de controle concentrado, tiveram breve experiência com o modelo norte americano no início do século XX, no caso a Alemanha durante a Constituição de Weimar de 1919, e a Itália entre os anos de 1948 e 1956²¹.

¹⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Curso de Direito Constitucional**. p. 241.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.* p. 241-249; VELOSO, Zeno - **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. p. 37 (PEGAR DADOS BIBLIOGRÁFICOS DESSE LIVRO);

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini – **O Processo Em Sua Unidade**. p. 154.

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Curso de Direito Constitucional**. p. 241-249.

²¹ *Idem* – *Op. Cit.* p. 248-249.

Até o início do século XX, os ordenamentos jurídicos, pautados na ideia de Constituição, não haviam se utilizado de modelo de fiscalização de constitucionalidade distinto do modelo difuso surgido no direito norte-americano, até que surge na Áustria, em 1920, um sistema delineado por Hans Kelsen contrário à ideia de que diferentes juízes poderiam concomitantemente declarar uma lei inconstitucional ou constitucional, pois o mecanismo de controle de constitucionalidade até então existente geraria um cenário de incerteza e insegurança jurídica marcada por multiplicidade de demandas²².

Assim, é criado pelo filósofo austríaco acima citado, o modelo denominado “concentrado”, em que a fiscalização de constitucionalidade era conferida exclusivamente a um órgão determinado e específico²³, denominado “Corte” ou “Tribunal Constitucional”, este provocado por meio de ação especial ou também chamada “ação por via principal”, por alguns órgão legitimados designados pela Constituição, em que a fiscalização de constitucionalidade não é realizada de modo incidental como questão prejudicial na solução de caso concreto, mas provocada em processo no qual se discute em abstrato a inconstitucionalidade da norma, de onde uma decisão reconhecendo a desconformidade do ato normativo com a Constituição gera efeitos “erga omnes”, ou seja, eficácia geral²⁴. Nesse sistema, ressalte-se, a declaração de inconstitucionalidade anularia o ato, com produção de uma sentença de efeito constitutivo, o que quer dizer que não se reconheceria a nulidade absoluta da norma, mas uma anulabilidade retratada por decisão de efeito temporal *pro futuro*, ou *ex nunc*, portanto, não retroativa à origem do ato impugnado²⁵.

Acirrado confronto doutrinário emergiu à época, envolvendo Hans Kelsen e Carl Schmitt, especialmente sobre qual órgão deveria ter competência para o exercício do controle concentrado.

Para Carl Schmitt, a solução de questões de constitucionalidade abstrata de normas deveria ficar a cargo de um poder neutro, que seria o Presidente do *Reich* eleito pelo povo e por isso possuidor do encargo com legitimidade para proteger democraticamente a Constituição, já que suas faculdades políticas traduziriam, na visão do autor, uma apelação do povo²⁶.

Já Kelsen, cujo pensamento foi o adotado no modelo concentrado em debate, a competência haveria de ser conferida a um Justiça Constitucional. Para o filósofo, vê-se a

²² CAPPELLETTI, Mauro – **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. p. 76-77.

²³ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**. 2006. p. 300-301.

²⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – *Op. Cit.*. p. 1.433.

²⁵ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**. 1994. p. 306-307.

²⁶ SCHMITT, CARL – *La Defensa de La Constitucion*. p. 220-221.

“Democracia não na maioria toda poderosa, mas no compromisso entre os grupos representados no Parlamento pela maioria, e, conseqüentemente, na paz social, a Justiça Constitucional surge como um meio particularmente adequado para realizar esta ideia”²⁷. Portanto, o poder do Estado, que exerce com preponderância as funções executivas, não pode ser julgador de si mesmo, cabendo tal tarefa a um órgão independente, que no pensamento kelseniano deve ser o Tribunal Constitucional.

Portanto, na Áustria, o sistema confinava ao Tribunal Constitucional a competência para fiscalização de constitucionalidade, sistemática alvejada de críticas e posteriormente alterada com o advento da Lei Constitucional de 07-12-1929, que possibilitou que outros órgãos de cúpula da Justiça ordinária, como o Supremo Tribunal, o Tribunal Administrativo ou qualquer outro tribunal, diante do julgamento de um caso concreto, pudessem provocar o Tribunal Constitucional por meio de “*questão de constitucionalidade*”, situação em que o julgamento do caso concreto ficava suspenso enquanto advinha a solução do órgão de cúpula sobre a questão da inconstitucionalidade²⁸. Ou seja, como conclui Jorge Miranda, na Áustria é o Tribunal Constitucional que tem competência especializada e concentrada no domínio da fiscalização de constitucionalidade, mas desde 1929 com a Lei Constitucional de 07-12-1929, passou a realizar também fiscalização concreta por meio de questões de inconstitucionalidade suscitadas pelos tribunais *a quo*, o que foi mantido pelas Constituições seguintes²⁹.

Por derradeiro, no tocante ao modelo adotado na Áustria, houve a previsão também do controle preventivo de constitucionalidade, quando a pedido do Governo federal ou de um Governo regional, era permitido que o Tribunal Constitucional aferisse se um ato do Poder Legislativo ou do Governo Regional estaria ou não adentrando em competência de outro ente federativo³⁰.

Por outro lado, na Alemanha, após a aprovação da Constituição de 1949, como na Itália a contar de 1948, adotou-se o modelo de controle austríaco, entretanto com a diferenciação de que, nas normas fundamentais lá vigentes, foi atribuído aos magistrados e órgãos jurisdicionais colegiados o poder de provocar controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, quando tais magistrados e outros tribunais estivessem julgando caso concreto com debate acerca de inconstitucionalidade de lei³¹. Assim tal modelo evitaria, por exemplo,

²⁷ Kelsen, Hans – La Garantie Juridictionnelle de La Constitution. In *Revue du Droit Public et de la Science Politique*.

²⁸ MORAES, Alexandre de - **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; Garantia Suprema da Constituição**. p. 111-112.

²⁹ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Tomo II. Coimbra Editora, 1988. p. 321.

³⁰ SEGADO, Francisco Fernandez apud MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 116.

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.* p. 254-256.

que um juiz de piso fosse constrangido a aplicar uma lei inconstitucional a um caso concreto. Aliás, na Alemanha, é o que se extrai dos artigos 93.1.2 e 100 da Lei Fundamental³². Contudo, para além dessa distinção em relação à Áustria, nesses dois países o reconhecimento da inconstitucionalidade tinha efeitos declaratórios, ou seja, reconhecia-se a inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, no caso, retroativos, portanto a partir de uma ideia similar ao sistema americano³³.

Cumprе destacar que o modelo kelseniano de fiscalização jurisdicional concentrada de constitucionalidade, em seus traços gerais, foi adotado por vários países da Europa após a Segunda Guerra Mundial nos seguintes anos de aprovações das respectivas Constituições: Chipre em 1960, Turquia em 1961, Espanha em 1978 e Bélgica em 1984, República Tcheca em 1992, República Eslovaca em 1992, Rússia em 1991, dentre outros³⁴. Na África, adotaram esse modelo a Argélia em 1989, África do Sul em 1996 e Moçambique em 2003³⁵. Nos EUA, relevante lembrar, os tribunais não possuem autoridade para julgamento de questões abstratas, porque à Suprema Corte, assim como aos demais tribunais, é confiada a solução de controvérsia reais suscitadas entre litigantes diversos³⁶.

Já constitucionalismo francês preponderou durante muito tempo um modelo de fiscalização de constitucionalidade exclusivamente preventivo, ou seja, um sistema no qual a verificação da constitucionalidade das leis era exercida apenas no curso do processo de aprovação dos atos normativos antes da promulgação, ou seja, antes dele encerrar seu ciclo de formação em momento anterior ao início de sua vigência³⁷.

Contudo, com a reforma Constitucional de 23 de julho de 2008, o Conselho Constitucional, a quem a Constituição Francesa de 1958 atribuiu o poder de exercer a fiscalização preventiva em questão, passou também a ter a competência para exercer funções próprias de um Tribunal Constitucional no tocante à filtragem também em caráter posterior à formação do ato³⁸.

Assim, levando em conta a evolução do tema no direito comparado, Jorge Miranda sintetiza a fiscalização de constitucionalidade em três modelos: um modelo de fiscalização política, normalmente designado de modelo francês; um modelo de fiscalização judicial do

³² MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 154.

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.* p. 255-256

³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves – *Op. Cit.* p. 1.433.

³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.* p. 251.

³⁶ COOLEY, Thomas – **Princípios Constitucionais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. p. 139.

³⁷ MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 130-131.

³⁸ BENETTI, Julie apud MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 514.

judicial review do direito estadunidense; e, por fim, um modelo austríaco marcado por ser concentrado num tribunal constitucional³⁹, o que não nega a realidade de que cada Estado, a partir desses modelos gerais, pode inserir elementos pontuais próprios dentro do exercício de suas soberanias.

Assim, ultrapassada a análise do instituto no direito comparado, cumpre uma breve abordagem sobre a história normativa da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, que, para Bacelar Gouveia⁴⁰, está dividida em três períodos evolutivos.

O primeiro período, compreendido entre os anos de 1822 a 1911, foi caracterizado pela existência de fiscalização de constitucionalidade de natureza estritamente política, ou seja, realizada por órgãos eletivos, sem intervenção do Poder Judiciário no exercício de sua função típica⁴¹. Essa fiscalização de constitucionalidade, inspirada no modelo francês já abordada linhas atrás, foi protagonizada precisamente por órgãos de atribuições de cunho legislativo, tratando-se de um modelo baseado numa “*concepção mecanicista de separação orgânico-funcional de poderes reinante no Continente Europeu do século XIX*”⁴². Eram tempos em que, a partir de caminhos ideológico-liberais propostos por Montesquieu, ainda se pensava o princípio da separação de poderes como determinante da atuação dos Poderes do Estado mais adstrita às suas respectivas competências, embora não significasse isolamento⁴³, pelo que a fiscalização de constitucionalidade competia apenas a órgãos compostos por representantes escolhidos pelo voto, a partir da ideia de supremacia do Parlamento⁴⁴.

No supramencionado ínterim, chamado de “*período monárquico liberal*”⁴⁵, vigoraram a Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826 e a Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838.

Já o segundo período, denominado “*período republicano liberal*”⁴⁶, deu-se na vigência das Constituições de 1911 e 1933 e das leis revolucionárias 1974 e 1975, fase na qual houve combinação de um controle político já existente nas constituições pretéritas, com um controle jurisdicional que, até 1971, foi apenas difuso⁴⁷, ou seja, exercido apenas incidentalmente pelos juízes em geral, nos moldes do modelo da *judicial review* norte-americana.

³⁹ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 509.

⁴⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol II. p. 1236-1237.

⁴¹ MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 166.

⁴² GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 1236-1237.

⁴³ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 176-186.

⁴⁴ DICEY, Albert Vem - **Introduction to The Study oh The Law of The Constitution**. p. 147.

⁴⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 1239.

⁴⁶ *Idem – Ibidem*.

⁴⁷ *Idem – Ibidem*.

Assim, no sobredito período constitucional, o sistema de fiscalização de constitucionalidade em Portugal abriu portas à ideia de que o resguardo das liberdades individuais passaria pela necessária existência de mecanismos de controle mútuo de atuação entre os Poderes, como garantia de restabelecimento da ordem constitucional quando esta estivesse ameaçada ou atingida⁴⁸. Foi um tempo em que o sistema de fiscalização de constitucionalidade em Portugal, inspirado no modelo estadunidense, aderiu ao “sistema de freios e contrapesos”, assim denominado por Alexander Hamilton⁴⁹, em que a atuação do Estado-Juiz assumiria papel relevante na proteção da higidez da norma fundamental.

Impende registrar que a fiscalização de constitucionalidade, segundo o modelo austríaco⁵⁰, foi encampada pelo ordenamento jurídico em Portugal com a aprovação da Revisão de 1971, porém foi confiado à Assembleia Nacional⁵¹.

Gomes Canotilho defende que o sistema de fiscalização de constitucionalidade delimitado pela Constituição de 1933, especialmente com o advento da revisão de 1971, inspirou as leis constitucionais do regime democrático do 25 de abril, tanto que com a aprovação da Lei 3/74, além de ter sido estabelecido o sistema difuso, conferiu-se ao Conselho de Estado, a competência para declarar a inconstitucionalidade de quaisquer normas, com eficácia geral, contudo que tal atribuição passou para outro órgão logo em seguida, no caso, para o Conselho de Revolução, após a aprovação da Lei 5/75⁵².

Complementando os três grandes ciclos do constitucionalismo português no que tange ao sistema de fiscalização de constitucionalidade, tem-se um terceiro período a partir de 1976, com a aprovação da Constituição da República Portuguesa – CRP, atualmente vigente.

Com efeito, com o advento da CRP, coube a dois órgãos de envergadura constitucional o exercício da fiscalização de natureza política, no caso, ao Conselho de Revolução e à Comissão Constitucional, cuja atividade consistia na emissão de pareceres em controle prévio no âmbito da Comissão Constitucional e em resolução do Conselho, em meio ao processo de aprovação das leis⁵³. Vale ressaltar que a redação originária da sobredita Constituição de 1976 preservou o controle jurisdicional difuso consagrado nas normas constitucionais vigentes em Constituições pretéritas.

⁴⁸ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais**. p. 186.

⁴⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John – *Op. Cit.* p. 417-418.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. p. 70.

⁵¹ CANOTILHO, J.J. GOMES – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 915.

⁵² *Idem – Ibidem*.

⁵³ MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. 1988. p. 325.

Ou seja, manteve-se o sistema misto composto de fiscalização difusa e concentrada de constitucionalidade, porém com inovação no que tange à criação de dois novos mecanismos de controle consistentes na fiscalização preventiva de atos legislativos e fiscalização por omissão, afora a criação da Comissão Constitucional como “órgão de controle, de composição e funções híbridas (órgão consultivo do Conselho da Revolução e instância de recurso para a apreciação das questões de inconstitucionalidade suscitadas perante os tribunais)”⁵⁴.

Em 1981, foi extinto o Conselho de Revolução pela Primeira Revisão, resultante na transferência do controle de constitucionalidade exclusivamente aos órgãos jurisdicionais⁵⁵. Foi nessa revisão que foi criado o Tribunal Constitucional português, não como um substituto do Conselho da Revolução, mas como órgão efetivamente competente para apreciar todo o contencioso de normas jurídicas, acumulando atribuições do referido Conselho e da Comissão Constitucional, afora as competências no tocante aos atos oriundos de regiões autônomas e do Supremo Tribunal Administrativo⁵⁶.

Com a revisão do ano de 1982, o modelo do sistema de controle de constitucionalidade praticamente ficou definido nos moldes de que é nos dias de hoje, tratando-se de um “*sistema misto complexo*”⁵⁷, em que se confere ao Tribunal Constitucional uma função orgânica genuinamente jurisdicional. Nesta senda, consagra-se a preservação do modelo de controle difuso concreto e incidental, antes brevemente mencionado, aliado ao controle abstrato de normas, também denominado concentrado ou pela via da ação direta⁵⁸.

Impende destacar que no modelo de controle concentrado de fiscalização de constitucionalidade, de origem austríaca, com base em concepções de Hans Kelsen, o Tribunal Constitucional tem a função de julgar a norma em abstrato no tocante à desconformidade com a norma fundamental⁵⁹, decisão judicial cujos efeitos da decisão podem operar efeitos obrigatórios contra todos. Nesse sentido, a fiscalização concentrada traduz mecanismo de controle pelo qual é franqueada ao Tribunal Constitucional a possibilidade de invalidar lei em tese quando atritar com a Constituição, sem que se faça necessário julgar um caso concreto, tudo no desiderato de extirpar do sistema jurídico uma espécie normativa infraconstitucional que contrarie com a lei fundamental do Estado⁶⁰.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. GOMES – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 915.

⁵⁵ COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da – **A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976**. p. 13.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge – Controlo da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais em Portugal. In **La Jurisdicción Constitucional em Iberoamerica**. p.862.

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. GOMES – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 917-918.

⁵⁸ *Idem – Ibidem*.

⁵⁹ ENTERRÍA, Eduardo García – **La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional**. p. 56.

⁶⁰ TEMER, Michel – **Elementos de Direito Constitucional**. p. 44.

Com advento das Revisões de 1989 e 1997, não houve alteração estrutural no sistema de fiscalização de constitucionalidade português de modo que lhe provocasse alterações substanciais em relação aos modelos importados do direito comparado. Com efeito, manteve-se o sistema misto complexo, com o estabelecimento de uma combinação de controle difuso e abstrato de normas, neste último incluídos o controle preventivo em que o Tribunal Constitucional atua no processo de formação da lei por proposta de veto, sem que promova a anulação da norma (art. 278.º e 279.º da CRP), bem como o controle sucessivo que se dá pela via de ação principal (art. 281.º da CRP)⁶¹.

Destarte, é certo que a fiscalização de constitucionalidade portuguesa assumiu formas diversas ao longo do constitucionalismo nacional, estabelecendo-se inicialmente num modelo de natureza basicamente política, passando pela combinação de controle político e jurisdicional, até se consolidar num modelo unicamente jurisdicional, com relevante papel conferido ao Tribunal Constitucional, seguindo uma mesma tendência percebida no direito comparado.

1.2.Tribunal Constitucional

1.2. 1. Situação Orgânico-Funcional

De suma importância na estrutura orgânica do Poder soberano em Portugal, o Tribunal Constitucional integra o poder jurisdicional, este entendido como um “conjunto de magistrados a quem é confiada a função jurisdicional”⁶². Sobre jurisdição é cediço que ela consiste em atividade de “*extrinsecação*” do conteúdo e alcance da lei, porquanto tem como atribuição a aplicação da norma jurídica num caso concreto envolvendo conflito de interesse. Tal atribuição é conferida a membros titulares de fração do poder do Estado, no caso, os juízes, cuja atividade é ditada por regras e princípios processuais⁶³.

A função típica do Poder Judiciário de dizer o direito como solução de conflito de interesse era vista antes como uma mera atuação da vontade concreta da lei, em que o juiz não era aceito como agente criador de novos direitos⁶⁴, ou, se aceito, apenas seria um criador do direito do caso concreto por ocasião da aplicação da lei, num movimento que pode ser

⁶¹ CANOTILHO, J.J. GOMES – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 916-919.

⁶² *Idem* – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 661.

⁶³ *Idem* – *Ibidem*.

⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe – **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 55.

concebido como iniciado desde a norma geral até a formação da norma individual, com a aplicação do Direto⁶⁵. Essa função passa por um redimensionamento expansivo oriundo de uma nova leitura do postulado da separação de poderes, o que se dá em razão de múltiplos fatores, a exemplo da reafirmação dos direitos fundamentais, consagração do Estado protetor dos direitos sociais e a crise do sistema democrático representativo observada na consubstancial falibilidade do processo de escolha dos representante do povo por meio de eleições⁶⁶, cenários nos quais é cada vez maior a exigência de um Poder Judiciário proativo em termos de definição de incidências de regras fundamentais, antes confiada mais a decisões políticas traçadas e decididas por representantes eleitos. Esse quadro é detectado mormente quando se está a tratar de órgão jurisdicional com competência para julgar, em caráter supremo, matéria de índole constitucional.

O fenômeno acima abordado pode ser observado nos contornos jurídicos das funções conferidas pela CRP ao Tribunal Constitucional, tanto que, esse tribunal consiste em órgão de cúpula por possuir competência de cassar decisões proferidas por todos os outros juízos, em se tratando de aferição de constitucionalidade das normas⁶⁷.

A CRP não lhe confere tratamento como um mero órgão a mais na ordem jurisdicional, mas sim como órgão de soberania⁶⁸. O termo “órgão de soberania” designa “órgão que, desenvolvendo um ou vários dos poderes públicos, se assume como produzindo atos decisórios”⁶⁹. A envergadura de soberania do Tribunal Constitucional lhe confere o poder de praticar atos decisórios supremos não passíveis de uma revisão no âmbito interno, pois se trata de órgão superior do Estado erigido a elemento central do modelo português de justiça constitucional, dotado de competências particulares, além de específicas responsabilidades no tocante à aplicabilidade e interpretação da norma fundamental⁷⁰.

A propósito, Gomes Canotilho⁷¹ menciona haver controvérsia na doutrina quanto à natureza de órgão jurisdicional do Tribunal Constitucional, porquanto teria funções de acentuada densidade política, assunto a ser melhor abordado em tópico alhures. Aliás, o autor inclusive acrescenta que parte da doutrina chega a negar natureza jurisdicional ao tribunal em

⁶⁵ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais**. p. 277.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo – **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário** p. 172-194.

⁶⁷ COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. p. 19.

⁶⁸ *Idem* – *Ibidem*.

⁶⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol II. p. 1.049.

⁷⁰ CANOTILHO, Mariana – O Modelo Português de Justiça Constitucional: Exposição, Valoração Crítica e Possíveis Contributos para um Modelo Europeu de Justiça Constitucional. In **Aletheia - Cuadernos Críticos del Derecho**. p. 86.

⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 678-679.

referência, dada a carga de densidade política de suas decisões, pelo que tratar-se-ia de “*órgão constitucional*”⁷², sendo este o que tem sua regulamentação orgânico-funcional basicamente estatuída na norma fundamental, com pequena margem de conformação atribuída ao legislador infraconstitucional⁷³.

A situação orgânico-funcional acima ventilada não coincidia com o pensamento de Carl Schmitt, para quem, a partir de uma interpretação da Constituição de Weimar, entendeu que o Presidente do Reich seria o único defensor da Constituição, à luz de normas e preceitos constitucionais, pensamento que externava contrariedade à criação de Tribunal Constitucional, com legitimidade na norma fundamental, para atuar na citada defesa⁷⁴.

Para outros autores, a posição de destaque do Tribunal Constitucional dos órgãos do Poder Judiciário põe em questão a própria aplicação da tradicional “Teoria Tripartite de Poder”, de tradição multissecular⁷⁵. Sobre tal aspecto, Javier Perez Royo chega a defender que o Tribunal Constitucional sequer deveria existir, haja vista que as funções exigidas pela própria natureza do Estado como forma política, decorrentes de uma manifestação de vontade soberana, seriam restritamente a legislativa, a executiva e a judicial⁷⁶.

De todo modo, em contraposição à sobredita ideia, o simples fato de aplicar o Direito não faz do Poder Judiciário uma fração estatal distinta das demais, mesmo quando se está a falar de uma posição destacada do Tribunal Constitucional em relação aos órgãos que dizem o Direito na semântica clássica de solucionadores de conflito de interesses. Isto porque, os demais poderes também possuem essa incumbência, mas a atividade jurisdicional volta-se à prolação de decisão de forma autorizada e que vincula as partes, mesmo na situação de direitos contestados ou lesados⁷⁷.

O Poder Judiciário aplica o direito ao caso concreto, sendo que tal atividade pode também ser vista em funções de outros poderes do Estado, contudo, a solução de conflito de interesse desempenhada pelo Poder Judiciário deve ser necessariamente imparcial e com caráter definitivo dado o “*monopólio da última palavra*”⁷⁸, o que o distingue dos demais poderes e é essencial para a conformidade aos valores do Estado democrático de Direito.

⁷² *Idem* – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p.678.

⁷³ *Idem* – *Ibidem*.

⁷⁴ SCHMITT, CARL – *Op. Cit.* p. 249-250.

⁷⁵ SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano – ***El Tribunal Constitucional***. p. 149

⁷⁶ ROYO, Javier Peres. ***Curso de Derecho Constitucional***. p. 635

⁷⁷ HESSE, Konrad apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – ***Curso de Direito Constitucional***. p. 963-964.

⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p. 668.

Como afirma Jorge Reis Novais, a função de julgar do Tribunal Constitucional não contraria a essência do Estado de Direito, ao reverso, a confirma quando em observância máxima da norma fundamental, pois está a se falar de um Tribunal independente que deverá assegurar que poderes públicos estejam vinculados à imposição que a Constituição lhes dirige, o que ocorre muito nitidamente na fiscalização de constitucionalidade, em que o Tribunal Constitucional, no âmbito do processo de aferição de conformidade das leis com a Constituição, verifica se o Governo e o Parlamento violam direitos fundamentais mediante aprovação de leis ordinárias⁷⁹.

O estudo do controle de evidência pelo Tribunal Constitucionais em matéria de direitos fundamentais, em tempos de crise, requer uma análise na natureza política das decisões do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização de constitucionalidade. Antes, contudo, cumpre discorrer sobre composição do órgão e as garantias que lhe são conferidas, isso como forme de alcance de uma melhor compreensão da função do Tribunal Constitucional frente ao problema específico proposto.

1.2. 2. Composição e garantias

As Constituições hodiernamente seguem a toada de ter como um de seus objetos nucleares normas que disciplinam a organização do poder político, inclusive o modo de aquisição e forma de exercício dos poderes do Estado⁸⁰. Com a CRP não foi diferente, dispondo acerca da composição do Tribunal Constitucional em seu Título VI, da Parte III, precisamente no artigo 222.º, retratando limitação jurídica ao Poder estatal em Portugal.

Segundo o sobredito artigo 222º, o Tribunal Constitucional é composto de treze juízes, com cargo temporário de nove anos, não renováveis (art. 222.º, n.º 3), prazo este fixado constitucionalmente desde a revisão constitucional de 1997⁸¹.

Dos treze membros, dez são designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes, sendo que deles todos pelos menos seis devem ser juízes provenientes dos outros tribunais e os demais devem ser juristas (art. 222.º, n.º 2). A votação dos cooptados pelos membros do Tribunal Constitucional é secreta e somente será considerado aprovado o nome do que possuir a aprovação de, no mínimo, seis votos, consoante art. 18 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LTC, também denominada Lei de Organização, Funcionamento e

⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. p. 27.

⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.*, p. 114.

⁸¹ CANOTILHO, Mariana – *Op. Cit.* p. 87.

Processo do Tribunal Constitucional⁸². Ademais, nos termos do item n.º 4 do art. 222º, os membros integrantes elegem o presidente da corte (art. 222.º, n.º 4)

Interessante pontuar que a eleição dos magistrados para compor o Tribunal Constitucional ocorre por aprovação de maioria qualificada de dois terços da Assembleia da República, nos termos do artigo 163º da CRP, o que expressa um pluralismo político de densa legitimação democrático-representativa⁸³, já que tal escolha muitas vezes dá-se a partir de um acordo entre partidos da base governamental e os partidos da oposição de maior expressão numérica, sem contar que há uma tendência de que os magistrados, ao assumirem os mandatos, acabam por tender a inclinações ideológicas diversas⁸⁴, o que é bem visto dentro do que se espera de uma autoridade ocupante da cúpula do poder soberano, pois servirá como reforço a um multiculturalismo democrático na tomada de decisões de cunho supremo.

Não há previsão, na norma fundamental portuguesa ou mesmo na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de idade mínima para ser nomeado juiz do Tribunal Constitucional português ou mesmo idade máxima que conduza o magistrado à aposentadoria obrigatória. Por outro lado, o artigo 21 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estabelece que o juiz da corte, após os setenta anos, deve manter-se no exercício das funções.

Impende observar que no artigo 222 da CRP não se exige do magistrado tempo mínimo de exercício de atividade jurídica, pois simplesmente menciona o termo “jurista”. De qualquer forma, trata-se de cargos destinados a homens da lei, seja juízes de tribunais, seja juristas, licenciados ou doutorados, embora Vital Moreira e J.J. Gomes Canotilho tenham defendido o não cabimento da exigência de que sejam juristas⁸⁵. Exige-se, de todo modo, em consonância com o referido dispositivo constitucional, que os pretensos mandatários estejam no pleno exercício de direitos políticos.

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional prevê que os membros do Tribunal são divididos em duas seções especializadas de igual hierarquia, cada qual com seis magistrados e ambas constituídas pelo presidente do Tribunal. Outrossim, o presidente e o vice-presidente do Tribunal Constitucional são eleitos para um mandato de dois anos, permitida a recondução. Assim, consoante discorre J.J. Gomes Canotilho sobre o padrão de estrutura organizatória do

⁸² CANOTILHO, Mariana – O modelo português de justiça constitucional: Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional. *Aletheia - Cuadernos Críticos del Derecho*. p. 87-88.

⁸³ NUNES DE ALMEIDA, Luis – Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional), in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*.

⁸⁴ CANOTILHO, Mariana – *Op. Cit.* p. 87

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 837.

Tribuna Constitucional, “na sua composição apenas intervém a AR, excluindo-se os outros órgãos de soberania”⁸⁶. Ou seja, não há uma maior interpenetração dos demais poderes soberanos, quais sejam, Presidente da República e Governo, em se tratando de designação e nomeação de juízes da mais alta corte de Portugal. A nomeação de dez juízes é submetida ao crivo do Parlamento, enquanto que os demais são votados pelos próprios juízes do tribunal acima referido.

É questionável se o ideal não seria que a norma fundamental permitisse uma participação do Presidente da República ou do próprio Conselho Superior da Magistratura em todas as designações de Juízes do Tribunal Constitucional. Contudo, como destaca Jorge Reis Novais, a CRP, embora possa superficialmente transparecer uma escolha de juízes demasiadamente partidarizada, na realidade ela assegura uma composição equilibrada que retrata um consenso político e um sentimento multicultural da sociedade, de modo a conferir sustentação democrática ao órgão responsável por interpretação última em matéria constitucional⁸⁷.

Ultrapassada a abordagem sobre a composição, impende mencionar que aos membros do Tribunal Constitucional é garantida, pela CRP (art. 222.º n.º 5), a independência funcional, incluída a externa concernente a não intromissão nas funções judiciais por outros poderes.

É garantida aos membros do Tribunal Constitucional também a inamovibilidade no sentido de não poderem ser suspensos, transferidos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos em lei (art. 216.º n.º 1 da CRP), como é assegurada ainda a garantia de unidade da carreira, ou seja, os membros são regidos por um só estatuto (art. 215.º, n.º 1 da CRP).

Jorge Bacelar Gouveia fala também no “*princípio da unidade da carreira dos magistrados judiciais*”, compreendendo-o como a impossibilidade de haver divisões na respectiva continuidade ou na forma como são administrativamente geridas as atividades dos magistrados⁸⁸.

O Poder Judiciário, nele compreendido o Tribunal Constitucional, goza de autonomia financeira e aos juízes da corte citada é assegurado o princípio da irresponsabilidade, ou seja, de que seus membros não podem responder pessoalmente na esfera penal e civil pelas suas decisões, salvo as exceções consignadas em lei ⁸⁹, o que se extrai da literalidade do artigo 216º, n. 2 da CRP.

⁸⁶ CANOTILHO, J.J. GOMES – **Direito constitucional e Teoria da Constituição** p. 915.

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. p. 35.

⁸⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 1074-1075.

⁸⁹ *Idem – Ibidem*.

Os membros do Tribunal Constitucional desempenham função incompatível com qualquer outra pública ou privada, salvo a de magistério ou de investigação criminal de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei, conforme art. 216.º, n.º 3 da CRP. Também não podem desempenhar outras funções de soberania, das regiões autónomas ou mesmo de poder local (art. 27.º da CRP), o que assegura a organização político-administrativa estruturada na norma fundamental portuguesa.

Ademais, os juízes do Tribunal Constitucional não podem desempenhar atividade político-partidária, nem mesmo em carácter associativo ou em fundações cujas atividades se relacionem com os partidos políticos (art. 28.º da CRP), restrição que possui supedâneo nas mesmas fundamentações das incompatibilidades acima destacadas. Trata-se de elemento de um sistema de separação de poderes que busca evitar interferência de partidos políticos nas atividades do Tribunal Constitucional. A inexistência dessa garantia poderia dar azo a medidas de membros da Assembleia da República no sentido de tentar se imiscuir nas funções do Tribunal Constitucional, contrariando o princípio da separação de poderes (art. 114.º da CRP), este alicerçado na tipicidade dos órgãos de soberania e na paridade da relação entre eles, sem admitir qualquer forma de hierarquização⁹⁰.

O estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional está sujeito ao princípio da reserva legal, conforme inteligência do art. 222.º, n.º 6 da CRP, sem contar que somente a Assembleia da República pode legislar sobre organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (art. 164.º, c da CRP). Uma competência mais diluída nessa seara colocaria em risco a soberania que marca a referida corte.

Alexandre de Moraes destaca que o art. 222.º, n.º 6 da CRP prevê a possibilidade de o legislador infraconstitucional dispor sobre o estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional. O autor pontua a impossibilidade de mandato-tampão em caso de vacância de cargo de juiz do aludido tribunal. De mais a mais, ressalta a inexistência de previsão de julgamento de *impeachment* relativo a membros do Tribunal Constitucional, por membros da Assembleia da República, também como expressão de independência entre os poderes. Por fim, o mesmo autor aduz a possibilidade de cessação das funções desses membros por aceitação ou prática de atos legalmente incompatíveis com o cargo, além da possibilidade de responderem processo disciplinar ou criminal, caso em que competirá ao próprio Tribunal Constitucional processar e julgar⁹¹.

⁹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 1074-1075.

⁹¹ MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 173-174.

Ante o exposto, é possível perceber que a CRP lançou, em termos iniciais, o arcabouço normativo concernente ao Tribunal Constitucional, conferindo-lhe feição de órgão de soberania, afirmando sua independência em relação aos demais poderes da república. Essa leitura há de ser um vetor de compreensão no estudo sobre o papel do Tribunal Constitucional em meio à jurisdição constitucional.

1.2. 3. Competência em matéria de fiscalização de constitucionalidade

A configuração da competência do Tribunal Constitucional português, em matéria de fiscalização de constitucionalidade, surge da confluência de pensamentos de distintos autores políticos ao tempo de sua criação no ano de 1982, com implantação de um Tribunal com poder de exercer controle de constitucionalidade para além de um controle difuso.

Nesse contexto, atribuiu-se ao Tribunal Constitucional competência fundamental de exercer a fiscalização de constitucionalidade, de modo que as demais atribuições assumiram um caráter secundário⁹². Tal compreensão pode ser extraída dos termos do artigo 223.º, 1 da Constituição da República Portuguesa, no qual se confere ao mencionado tribunal o papel de apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, na forma do artigo 277.º, e prevê, em seguida, no art. 223.º, n.2, que o TC “também” tem outras competências, a exemplo da: verificação da legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, apreciação a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenação da respetiva extinção; julgamento do requerimento dos Deputados, nos termos da lei, dos recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas; e julgamento de ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recoráveis.

Ou seja, a previsão primeira do controle de constitucionalidade no item 1 do artigo 277.º e a palavra “também” do item 2 do mesmo dispositivo constitucional, este se referindo às demais atribuições do TC, revelam o caráter primordial da primeira atribuição listada no dispositivo constitucional, ou “nuclear” como prefere nomear Armindo Ribeiro Mendes⁹³ já que o Tribunal Constituição é o “guardião da Constituição, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania”⁹⁴.

⁹² COSTA, José Manuel M. Cardoso. El Tribunal Constitucional Português: Origen Histórico. In *Revista de estudos políticos. Exemplar dedicado a: El Sistema Político y Constitucional Português*, p. 831-840.

⁹³ MENDES, Armindo Ribeiro apud MORAIS, Blanco de - *Justiça Constitucional – Tomo I. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade*. p. 352.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 681.

Jorge Bacelar Gouveia, do mesmo modo, compreende que a fiscalização de constitucionalidade constitui competência por excelência do Tribunal Constitucional, nos termos dos artigos 277.º da CRP e 51.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, porém não a única, pois é relevante dissociar a judicatura constitucional das competências especializadas, sendo aquela a mais importante⁹⁵.

O mesmo autor destaca as seguintes competências como pertencentes ao universo das mais relevantes,

a competência de contencioso de constitucionalidade, nela se realizando a fiscalização da constitucionalidade dos atos jurídicos-públicos (...); - a competência de contencioso de legalidade reforçada, no âmbito da ilegalidade de atos em relação a atos legislativos de valor reforçado; - a competência de contencioso político, expressando-se numa intervenção a respeito do exercício dos cargos públicos, como no de Presidente da República ou no dos Deputados à Assembleia da República; - a competência de contencioso eleitoral, afirmando-se na verificação da legalidade dos diversos atos eleitorais; - a competência do contencioso partidário, intervindo tanto na inscrição dos partidos como na verificação da legalidade dos seus atos eleitorais e disciplinares internos; a competência de contencioso referendário, apreciando a regularidade dos diversos atos envolvidos no procedimento referendário⁹⁶.

Ou seja, como ensina Carlos Blanco de Moraes⁹⁷, o Tribunal Constitucional possui, para além da competência de controle jurisdicional da existência, validade e regularidade das normas, também competência para sancionar organizações contrárias à ordem constitucional, competência em sede de jurisdição eleitoral, verificação de perda, vacância e impedimento temporário do Presidente da República, afora as competências exercidas na condição de órgão controlador em matéria político-partidária, político-institucional e controle dos titulares dos titulares da Alta Administração Pública. No entanto, como destaca José Manuel M. Cardoso da Costa, estão excluídos do campo de incidência da fiscalização de constitucionalidade as normas privadas, os atos administrativos propriamente ditos, as decisões judiciais e os atos políticos⁹⁸.

Assim, é cabível afirmar que o Tribunal Constitucional é instituição de controle normativo, tanto em matéria de legalidade, quanto no plano de constitucionalidade⁹⁹, tendo

⁹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol II. p. 1077.

⁹⁶ *Idem* – *Op. Cit.* 1077.

⁹⁷ MORAIS, Blanco de - **Justiça Constitucional – Tomo I. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade**. p. 351-353.

⁹⁸ COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. p. 35.

⁹⁹ *Idem* – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. p. 22.

esclarecido, Blanco de Moraes¹⁰⁰, que controle de constitucionalidade e controle de legalidade possuem em comum o fato de serem “*relações de desvalor*” ou “*fundamentos de um valor negativo de uma norma*”, decorrente da aferição de desconformidade entre uma norma e outra de referência, havendo distinção apenas no que tange à escala superior da parâmetro de controle de constitucionalidade, que é uma norma fundamental, enquanto no de legalidade o parâmetro são normas subordinadas à Constituição.

Como destaca José Afonso da Silva, a jurisdição constitucional consiste na entrega, pelo Poder Judiciário, de soluções de conflitos constitucionais, com a afirmação do princípio da constitucionalidade mediante a verificação da conformidade dos atos jurídicos-políticos com a norma fundamental do Estado, conquanto não se esgote nessa atividade, porque também se destina à “solução de conflito do Estado com os indivíduos, conflito entre órgãos do governo e conflito entre atividades intraestatais autônomas”¹⁰¹.

Há se mencionar, que, em Portugal, nem todos os atos do poder público são sindicáveis por meio de fiscalização de constitucionalidade. Isto porque, o conjunto de normas passíveis de controle são: as leis de revisão constitucional por decorrerem das limitações ao poder constituído impostas pelo constituinte originário; normas de Direito Internacional Público convencional ou consuetudinário; normas de Direito Comunitário Derivado; leis ordinárias; regulamentos administrativo; normas atípicas da função política (a exemplo de declaração de estado de sítio e de emergência, referendo a nível nacional, regimentos parlamentares e resoluções que determinam cessação da vigência de decretos-leis); e assentos do Tribunal Constitucional em matéria penal¹⁰².

Sobre o sistema de fiscalização de constitucionalidade em Portugal, Jorge Miranda destaca ser ele marcado por três principais aspectos. O primeiro consistente na presença de uma pluralidade de modalidades de controle, incidindo sobre inconstitucionalidade por ação e por omissão, ocorrendo a primeira quando há fiscalização jurisdicional sobre a prática de um ato político-jurídico por parte do Poder Público, enquanto na segunda a inconstitucionalidade decorre da própria ausência de prática do ato, consubstanciando conduta negativa. O segundo aspecto consiste na presença de controle preventivo e repressivo. Por fim, num terceiro aspecto, o controle é marcado, quanto à extensão, pela presença de regime de fiscalização de constitucionalidade distinto da fiscalização de legalidade, além, em plano diverso, da presença

¹⁰⁰ MORAIS, Blanco de. **Justiça Constitucional – Tomo I. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade**. p. 354 e ss.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.* p. 276.

¹⁰² MORAIS, Blanco de. **Justiça Constitucional – Tomo I. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade**. p. 502-528.

da fiscalização de conformidade dos atos legislativos em face de normas de convenções internacionais em que o parâmetro de controle consiste em norma de direito comunitário¹⁰³.

Pela fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, estatuída na parte IV da CRP, são estabelecidos os mecanismos de “Garantia” e “Revisão” da Constituição enquanto elementos que fazem prevalecer a norma fundamental sobre cada situação da vida e sobre quaisquer outras normas ou decisões do poder¹⁰⁴.

No Título I do sobredito capítulo está situado o que se denomina de “fiscalização da constitucionalidade”. Com efeito, essa fiscalização, adstrita aos órgãos com função jurisdicional como dito antes, tem como espécies *“a fiscalização preventiva da constitucionalidade, a fiscalização concreta da constitucionalidade, a fiscalização abstrata da constitucionalidade e a inconstitucionalidade por omissão”*¹⁰⁵.

Com efeito, a que importará para o estudo em curso do controle de evidência operado pelo Tribunal Constitucional em matéria de direitos sociais em tempos de crise, é a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Tal fiscalização, nos dizeres de J.J. Gomes Canotilho, “é um processo de controle de normas, destinado a, de forma abstracta, verificar a conformidade formal, procedimental ou material, de normas jurídicas com a constituição”¹⁰⁶.

Segundo Luís Roberto Barroso¹⁰⁷, no pronunciamento abstrato acerca da inconstitucionalidade de uma norma, o Poder Judiciário atua no exercício de uma função atípica, porquanto não envolve uma solução de litígio ou situação concreta da vida, tratando-se de função de pronunciamento jurisdicional acerca da própria lei em si, no que tange a estar ou não em conformidade com a norma fundamental, pelo que se destina à proteção do próprio ordenamento jurídico. Trata-se, segundo o autor, de fiscalização de constitucionalidade que é exercida num processo objetivo, sem partes litigantes, já que não se presta à tutela de direitos subjetivos ou situações jurídicas individuais¹⁰⁸.

Em sentido similar esclarecem Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi¹⁰⁹, que o processo de fiscalização abstrata é estruturado em ações que buscam a aferição da constitucionalidade de normas em processo específico, não atrelado a interesse particulares que sustentem a inconstitucionalidade ou não de um ato político-jurídico. Nele, lecionam os autores, é possível

¹⁰³ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 521

¹⁰⁴ *Idem* – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 468.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 176-177.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p. 981.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto – **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. p. 192.

¹⁰⁸ *Idem* – *Ibidem*.

¹⁰⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya – **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. p. 84.

ser aferida a inconstitucionalidade mesmo que a norma objeto de fiscalização nunca tenha sido aplicada em casos concretos.

O debate sobre o controle de evidência enquanto limite de atuação do Tribunal constitucional em matéria de direitos sociais é passível de discussão também em sede de controle concreto, porém ganha mais expressão na fiscalização abstrata de constitucionalidade por ser a mais relevante de todas as espécies de fiscalização, dada a amplitude dos efeitos da decisão dela emanada¹¹⁰.

Aliás, o mesmo autor português acima citado destaca a fiscalização abstrata também por se tratar de atividade de competência exclusiva do Tribunal Constitucional, bem como por ser atribuição da qual “*emanam decisões com força obrigatória geral (erga omnes)*”¹¹¹, ou seja, os efeitos de suas decisões poderão ser extraprocedimentais por reverberarem vinculação para todos os órgãos do poder e para toda a comunidade política, por força do art. 282.º, n.1 da CRP, embora tal controle não possa ser provocado por quaisquer cidadãos ou indivíduos, mas apenas por um grupo restrito de entidades relacionadas no art. 281º, nº 2 da CRP, quais sejam, Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República e um décimo dos Deputados da Assembleia da República. Outrossim, a fiscalização abstrata também pode ser provocada mediante ação movida por algumas outras entidades públicas, especificamente quando o pedido de inconstitucionalidade estiver baseada em violação de direitos de regiões autónomas, caso em que, nos termos do art. 281º, nº2, al. g) da CRP, poderá ser proposta ação direta por Representantes da República, por Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, por Presidentes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, por presidentes dos Governos Regionais ou por um décimo dos deputados da respectiva Assembleia Legislativa.

Não sendo objeto deste trabalho o estudo do procedimento das ações judiciais que integram o controle de constitucionalidade, passa-se a destacar os efeitos das decisões em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, e sobre esse aspecto, Jorge Miranda¹¹² ensina que das decisões do Tribunal Constitucional pode decorrer uma “*declaração de inconstitucionalidade*”, “*não declaração de inconstitucionalidade*” e, anormalmente, “*declaração de constitucionalidade*”, sendo que, embora das duas primeiras emane, em regra, efeitos meramente declaratórios porquanto reconhecem a invalidade da norma desde o início de sua vigência, algumas outras decisões ou efeitos podem advir desses julgamentos. São as

¹¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol II. p. 1273.

¹¹¹ *Idem* – *Ibidem*.

¹¹² MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 482-483.

decisões “interpretativas”, “limitativas” e “aditivas”, assim denominadas pela doutrina da qual faz parte Rui Medeiros¹¹³, compondo o universo denominado por Carlos Blanco de Moraes como sentenças intermediárias da justiça constitucional¹¹⁴.

Nas decisões interpretativas, têm-se o que Gilmar Ferreira Mendes¹¹⁵ denomina de “*interpretação conforme à Constituição*”, resultante na fixação de uma interpretação conforme a Constituição que evite um juízo de inconstitucionalidade, pois, em se tratando de leis plurissignificativas, a decisão interpretativa declara que uma lei é constitucional se interpretada da forma como conferida pela Corte Constitucional. Noutros termos, cabendo mais de uma interpretação da norma objeto do controle abstrato, o Tribunal Constitucional, como forma de preservar o ato normativo, declara o modo como o ato político-jurídico deve ser interpretado em conformidade com a norma fundamental, dentre os sentidos normativos possíveis¹¹⁶.

Aliás, a interpretação das leis conforme à Constituição é um modo pelo qual o TC, ou mesmo outros órgãos jurisdicionais, podem neutralizar afrontas à norma fundamental valendo-se de optar por uma interpretação, dentre as cabíveis, relevadora de compatibilidade entre ato político-jurídico impugnado e a Constituição¹¹⁷.

Já no tocante às decisões limitativas, Jorge Miranda discorre que dos julgamentos pelo Tribunal pode decorrer decisões limitativas, ou seja, “*limitativas de efeitos de decisão de inconstitucionalidade ou até da própria inconstitucionalidade*”¹¹⁸. Isto porque, segundo Bacelar Gouveia¹¹⁹, a CRP confere ao Tribunal Constitucional a possibilidade de produzir decisões de reconhecimento de inconstitucionalidade com considerável liberdade conformativa, o que é extraído do art. 282º, nº 4 da referida norma fundamental, que dispõe que “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de exceção relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2”. Para o autor, as condições gerais estabelecidas no dispositivo em destaque, quais sejam, razões de segurança jurídica, razões de equidade e/ou razões de interesse público de exceção relevo, longe de retratarem cláusulas vazias, representam valores constitucionalmente

¹¹³ MEDEIROS, Rui – **A Decisão de Inconstitucionalidade**. p. 289 e segs, 413 e segs. e 513 e segs.

¹¹⁴ BLANCO DE MORAIS, Carlos – **As sentenças intermediárias da justiça constitucional**. p. 113-115.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 1.312-1.317.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, RUI – **Constituição Portuguesa Anotada**. p. 853.

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p. 981

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 480.

¹¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol II. p. 1.280.

relevantes que devem ser ponderados quando em confronto com o princípio da constitucionalidade¹²⁰.

Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade de atos jurídicos-políticos, dados os efeitos gerais já anteriormente mencionados, causam alterações substanciais no panorama das relações jurídicas e consequente surpresa a quem antes confiava na presunção de constitucionalidade da norma vigente, o que pode ser neutralizado ou pelo menos amenizado pelo Tribunal Constitucional, por exemplo, quando por razões de equidade restringe o alcance da declaração de inconstitucionalidade para abarcar apenas relações jurídicas firmadas após a prolação da decisão¹²¹.

Permite-se a manipulação ou modulação dos efeitos temporais da decisão como forma de se atribuir o chamado efeito “ex nunc” ou prospectivos.

Portanto, as decisões limitativas evitam um efeito devastador que possa advir da aplicação fria da teoria da invalidade dos atos inconstitucionais, quando o que a Constituição pretende é harmonizar os valores constitucionais por ela consagrados, como os são a segurança jurídica e até mesmo o interesse público cuja preservação, no final das contas, alcança a coletividade destinatária da norma fundamenta.

Por fim, encerra-se a abordagem da competência do Tribunal Constitucional em matéria de fiscalização com breve menção às decisões ditas “*aditivas*”, como nomeia Ricardo Branco¹²², sendo elas, segundo Riccardo Guastini¹²³, as decisões pelas quais o Tribunal Constitucional altera ou adita normas submetidas a sua apreciação no campo da fiscalização de constitucionalidade, resultando em saída do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original aprovado pelo Parlamento, mas de acordo com a Constituição.

Para Jorge Miranda, as decisões do Tribunal Constitucional podem ser tidas como “aditivas ou modificativas, quando, considerando inconstitucional o entendimento da norma seu objeto com certo conteúdo ou alcance, lhe acrescentam (e por conseguinte modificam-na) um segmento que permite a sua subsistência à luz da Constituição”¹²⁴.

Trata-se de medida judicial unilateral de supressão de violações à Constituição operadas pelos atos normativos. Afinal, essa técnica de supressão de inconstitucionalidade é marcada por uma atividade da Corte consistente em modificar diretamente a norma submetida a controle,

¹²⁰ *Idem – Ibidem.*

¹²¹ AMARAL, Diogo Freitas do – **Manual de Introdução ao Direito**. p. 128-130.

¹²² BRANCO, Ricardo – **O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral**.

¹²³ GUASTINI, Riccardo apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 1.312-1.317.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 480.

por meio de decisões definidas como autoaplicativas porque delas decorrem efeitos imediatos, sem que haja qualquer “*sucessiva intervenção parlamentar*”¹²⁵.

As possibilidades de prolação de decisões interpretativas, limitativas e, mormente, aditivas, ganham relevância quando se analisa o exato papel que deve ser assumido pelo Tribunal Constitucional em matéria de controle de evidência no julgamento de questões envolvendo direitos sociais, assunto que será abordado em tópico específico. De todo modo, a atividade de fiscalização de constitucionalidade do Tribunal Constitucional na ordem jurídica portuguesa revela ser ele componente orgânico mais idôneo para fazer cumprir o programa constitucional, com função precípua de guardião da Constituição e que controla a atividade legislativa¹²⁶.

Diante de todos os pontos anteriormente traçados no tocante à fiscalização de constitucionalidade em Portugal, é possível dizer, que o Tribunal Constitucional português, congrega em seu papel de garante da CRP, aspectos da tradição norte americana do *judicial review*, já que pode atuar no controle concreto de constitucionalidade, como também incorpora, de forma adaptada, a tradição contemporânea europeia de ter uma jurisdição constitucional autônoma. Portanto, a fiscalização de constitucionalidade em Portugal segue um modelo “*misto*”¹²⁷, que, aliás, combina controle preventivo e repressivo, concreto e abstrato, muito embora a análise do controle de evidência, ora proposta, será direcionada fundamentalmente para o controle abstrato.

Questão que se coloca no momento é: as decisões do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização de constitucionalidade, especialmente em sede de fiscalização abstrata, possuem natureza ou dimensão política? A propósito, esse questionamento é o que será abordado no item seguinte.

1.3. Dimensão Política da Fiscalização de Constitucionalidade

Como já dito em item anterior, a função típica do Poder Judiciário é identificada tradicionalmente com uma atividade de solução de conflitos de interesses subjetivos, em que o Estado-Juiz figura como sujeito que substitui a vontade das partes para dar uma solução a um

¹²⁵ BEILFUSS, Markus González – **Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa**. p. 117-130; ROMBOLI, Roberto apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 1.317.

¹²⁶ NADAIS, António; VITORINO, António; CANAS, Vitalino – **Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional**. p. 38.

¹²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 441.

conflito de situações da vida em casos concretos, com caráter de definitividade. É a chamada função jurisdicional por meio da qual compete a quem interpreta a norma estabelecer qual o direito a ser aplicado na situação da vida concreta submetida à análise¹²⁸. Trata-se de função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto na norma em abstrato regente da situação concreta submetida à exame de quem julga¹²⁹.

Indagação que ora se formula é se essa sobredita atividade de dizer o direito é a que se faz presente no mecanismo de fiscalização de constitucionalidade, especialmente em sede de controle abstrato de normas, e, principalmente, se ela é marcada por ser uma função política, já que as decisões judiciais muitas vezes têm aplicabilidade com força de obrigatoriedade geral, como na situação de declaração de inconstitucionalidade de normas político-jurídicas pelo Tribunal Constitucional.

A aferição da dimensão política indagada passa pela necessária busca do significado de função política em matéria de atividade estatal.

Segundo Canotilho¹³⁰, função política, que para o autor também pode ser chamada de função de governo, “é um complexo de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigidas à individualização e graduação dos fins constitucionalmente”, com ampla margem de conformação, porém com dever de observância dos comandos constitucionais.

Nuno Piçarra, obtemperando a diferenciação entre as funções política e jurídica, defende ser a função política um direcionamento à comunidade politicamente organizada, determinante do interesse público a ser atingido, estabelecedor de metas e opções dos instrumentos materiais a serem destinados ao cumprimento dos objetivos da coletividade, somada à manutenção e desenvolvimento da ordem jurídica¹³¹.

Para Hely Lopes Meireles¹³², função política é um conjunto de atribuições governamentais em que a forma de condução do agente estatal é independente, com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade técnica.

Jorge Miranda, por sua vez, defende que função política está vinculada à forma e sistema de governo, situando-se sua fonte normativa na própria Constituição, reconhecendo o autor a aproximação entre a função política e função legislativa, embora destaque os riscos de uma

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. p. 448-454.

¹²⁹ Idem – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. p. 450.

¹³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 648-649.

¹³¹ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. p. 252.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. p.67.

uniformidade de conceitos, porquanto a função legislativa caracteriza-se por ser mais permanente e racional, ao passo que a política é dotada de maior liberdade¹³³. Aliás, o mesmo autor, ao distinguir a função política da administrativa, leciona que na função política há escolha dos fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados, em matéria de atividade estatal, tendo, assim, natureza primária, ao passo que a função administrativa seria a escolha de meios concretos, de natureza secundária e instrumental¹³⁴.

Assim, a sobredita função enquanto direção suprema da política do Estado não pode ser compreendida como realidade autônoma em relação às demais funções estatais, salvo à função jurisdicional. Assim, do pensamento do autor é possível extrair que a fiscalização de constitucionalidade estaria fora do plano de uma função política, porquanto envolveria uma atividade de aplicação do Direito, e nessa aplicação, segundo Alex Sander Pires¹³⁵, há de se observar limites inerentes à função jurisdicional, a saber, a lei no sentido de ordenamento jurídico, pedido formulado pela parte e fato jurídico. Portanto, não se está a falar de função conducente a um direcionamento dos interesses gerais.

Contudo, há de se compreender a função jurisdicional, em especial, em matéria de fiscalização de constitucionalidade, como uma atividade não simplesmente declaratória de escolha da norma aplicável ao caso concreto, mas como função constitutiva decorrente de uma atividade de busca, escolha e decisão sobre a existência de inconstitucionalidade da norma, motivo pelo qual, não há paradoxo entre ato de buscar o sentido e alcance da norma e criação do Direito¹³⁶. Trata-se de pensamento kelseniano retratado na ideia de que a descoberta do Direito pelo intérprete tem natureza constitutiva, pois, para aplicar a lei ao caso concreto necessita, na ocasião, decidir acerca da constitucionalidade da norma incidente¹³⁷.

Negar a dimensão política das decisões do Tribunal Constitucional contraria o pensamento de Hans Kelsen que, ao dar um tom de obviedade ao seu pensamento, defende uma função legislativa do Poder Judiciário, ao discorrer que “os tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais”¹³⁸, atribuição que traz consigo um componente nítido de trato e direcionamento de interesses gerais.

Gomes Canotilho¹³⁹, malgrado aponte a autolimitação judicial como elemento principiológico por meio do qual se extirpa do crivo judicial a interferência no mérito político,

¹³³ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 366-368.

¹³⁴ *Idem* – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 368.

¹³⁵ PIRES, Alex Sander Xavier – **Direito sumular: construindo uma teoria**. p. 143-146.

¹³⁶ *Idem* – **Direito sumular: construindo uma teoria**. p. 147-151.

¹³⁷ KELSEN, Hans – **Teoria Pura do Direito**. p. 264.

¹³⁸ KELSEN, Hans – **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 389.

¹³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 681.

não deixa de dar destaque ao papel político-jurídico do Tribunal Constitucional quando este órgão de cúpula dá conformidade à vida constitucional, o que se explica em grande parte pelo paradigma de entendimento que as decisões do TC servem para os demais órgãos judiciais. Aliás, o doutrinador português reconhece dimensão jurídico-política não só à atuação do Tribunal Constitucional, mas à jurisdição constitucional como um todo, embora destaque o papel do Tribunal Constitucional como órgão de cúpula condicionante da atuação dos órgãos de direção política, na medida em que faz prevalecer a vontade do legislador constituinte sobre as decisões da maioria parlamentar e vivifica a interpretação das normas constitucionais¹⁴⁰.

Por compreender que a jurisdição constitucional assegura, em última sede, a preservação do direito e permite o controle amplo do Poder Executivo com papel relevante no sistema de equilíbrio entre os poderes, Konrad Hesse defende que as decisões no campo da jurisdição constitucional possuem claro impacto e alcance político, mas do que qualquer outra atividade judicante do Estado¹⁴¹, até porque, em razão de exercer o controle de constitucionalidade e, em especial, em razão de decisões manipulativas, a jurisdição constitucional controla a atividade legislativa, isso como forma de preservar os direitos das minorias e garantir a efetividade do catálogo de direitos fundamentais assegurados na norma fundamental, isto é, assegurando a própria Constituição¹⁴².

A dimensão política da jurisdição constitucional, especialmente desempenhada pelo Tribunal Constitucional, pode ser percebida também no pensamento de Maria Lúcia Amaral¹⁴³ quando diz que o mencionado tribunal exerce um poder situado numa “zona de penumbra entre o legislativo e o executivo”, dificultosa situação funcional dentro da teoria substancial das funções do Estado que é percebida diante dos efeitos das decisões do Tribunal emanadas, pois o juiz constitucional tem função distinta dos demais, já que figura como um juiz do legislador e guardião do princípio da constitucionalidade, alterando imediata e diretamente o ordenamento jurídico quando declara a inconstitucionalidade de uma norma de aplicabilidade geral.

Jorge Reis Novais é incisivo ao defender ser a lei um ato político por natureza e que, em razão disso, não há como afastar a atividade de fiscalização de constitucionalidade de leis de uma ideia de intromissão na política, ou seja, de uma função jurisdicional com consequências no campo político. Para o autor, a interferência do Tribunal Constitucional em questões

¹⁴⁰ *Idem* – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 681.

¹⁴¹ HESSE, Konrad – *La función jurisprudencial y el Tribunal Constitucional en la Ley Fundamental de Bonn*. In Peter Häberle. **Estudios sobre la jurisdicción constitucional**. p. 70.

¹⁴² NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. *Op. Cit.* p. 644.

¹⁴³ AMARAL, Maria Lúcia – Justiça Constitucional, Proteção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os Direitos Fundamentais. In **Anuário Português de Direito Constitucional. Anuário português de direito constitucional**. p. 20-21.

políticas é um dever, porquanto essa é a incumbência extraída da fiscalização de constitucionalidade traçada pela Constituição¹⁴⁴. Aliás, o autor sustenta que a jurisdição constitucional é uma entorse necessária ao Estado democrático, pois confere-se a um grupo de juízes o poder de interferir, com efeitos de revogação, em decisões tomadas pelos mandatários eletivos do Parlamento e do governo¹⁴⁵.

Inocêncio Mártires Coelho, citando Karl Larens, faz interessante reflexão ao discorrer sobre uma “*interpretação especificamente constitucional*”, que é a realizada pelo Tribunal Constitucional. Para o autor, a interpretação da Constituição, enquanto objeto de atividade do órgão constitucional, vem a ser um dentre vários resultados possíveis, dada a abertura das normas constitucionais que levam a um processo dialético infinito de compreensão, similar à tentativa de compreensão das coisas do espírito e das normas jurídicas, em particular. Os preceitos legais ordinários, diferentemente, são datados de grau normalmente elevado de determinação material, portanto de “precisão de sentido e de conformação normativo-conceitual, as normas constitucionais, em sua quase totalidade, apresentam uma conformação normativo conceitual fragmentária e fracionada”¹⁴⁶. Logo, tal especificidade exegética conduz ao pensamento de função de densa carga política, já que implementadora de comandos normativos abertos ou critérios gerais de valoração.

A diferenciação entre função política e função jurídica, ou mesmo entre Direito e Política, dentro de uma visão tradicional de separação mecanicista de poder que distancia ambas as realidades, hoje cede espaço para uma compreensão de complementaridade ente Direito e Política, uma aproximação entre essas ciências, porquanto a lei é um ato de vontade humana que será preenchido por uma atividade posterior de interpretação final do Direito, o que em sede de normas constitucionais tem uma carga especial diante da abertura marcante do objeto de análise do intérprete, em que a solução de questões dentro do controle de constitucionalidade, demandará valoração do julgador¹⁴⁷.

José Manuel M. Cardoso da Costa¹⁴⁸ aponta razão ligada ao relevo ou incidência política nas questões jurídico-constitucionais enfrentadas nas decisões do Tribunal Constitucional, quando diz que nelas sempre está em causa questões envolvendo órgãos superiores ou supremos do Estado, mas adverte em precisos termos,

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. p. 82-83.

¹⁴⁵ *Idem* – **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. p. 82-83.

¹⁴⁶ COELHO, Inocêncio Mártires – **Interpretação Constitucional**. p. 113-117.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. p. 454-464.

¹⁴⁸ COSTA, José Manuel M. Cardoso da – Constituição e Justiça Constitucional. In **Anuário Português de Direito Constitucionais**. p. 119.

Não se tratará de <<questões políticas>> - naquele sentido dogmático preciso em que delas pode e deve falar-se como questões que não se põem em termos de direito e não se resolvem por aplicação de uma norma jurídica – porque essas, por definição, estão fora da justiça constitucional. Mas tratar-se-á sempre – como diz um escritor alemão – de questões com um *politisches Beigeschmack*, com um sabor ou envolvimento político, cuja resolução, por conseguinte, não deixará de repercutir-se, mais ou menos intensamente, no próprio processo político e no seu desenvolvimento, aos seus diferentes níveis¹⁴⁹.

O caráter político da atuação do Tribunal Constitucional português é constatado por Gonçalo Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho, quando apontam que a atuação do referido tribunal, nos domínios do controle de constitucionalidade sobre os atos legislativos, assume feição nitidamente política, em especial quando no desenvolvimento do que em Portugal se convencionou doutrinariamente denominar de “*jurisprudência da crise*”, em que o órgão de cúpula, em matéria de interpretação constitucional, é provocado a aferir a constitucionalidade de medidas legislativas de austeridade, em clara influência no processo de formulação e implementação de políticas públicas¹⁵⁰.

Embora com enfoque na Suprema Corte dos EUA, Ricardo Leite Pinto, em seu contributo, adverte que eventual alinhamento ideológico não compromete a “*politicidade*” da justiça constitucional, compreensão que serve para um olhar mais aprofundado acerca do papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional em meio à fiscalização de constitucionalidade. Para o autor, a dimensão ideológica, cultural e política é inerente ao Direito Constitucional, mas uma decisão justa por parte de um órgão julgador em matéria constitucional deve ser baseada num “prudencialismo” por parte dos magistrados, em que são relevantes, dentre outros aspectos: a consciência do papel institucional do Tribunal Constitucional, a estabilidade e continuidade das regras e princípios constitucionais, o modelo de interpretação constitucional, a observância das técnicas consolidadas de interpretação e exercício de um bom julgamento¹⁵¹.

Por todo o exposto, é perceptível um componente político na fiscalização de constitucionalidade, especialmente quando realizada pelo Tribunal, diante do que, um atuar constitucionalmente adequado do Tribunal Constitucional, em matéria de controle dos atos

¹⁴⁹ *Idem* – Constituição e Justiça Constitucional. In **Anuário Português de Direito Constitucionais**. p. 119.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Gonçalo Almeida; COUTINHO, Luís Pereira apud DIOGO, João Francisco – Entre a Cila do Direito e a Carídis da Política: Um ponto de partida para o estudo do Tribunal Constitucional na construção da democracia portuguesa. In **Relações Internacionais**. p. 94-95.

¹⁵¹ PINTO, Ricardo Leite – O papel do Supremo Tribunal no sistema político-constitucional norte americano e a questão da “politicidade” da Justiça Constitucional: a decisão sobre a lei da reforma dos cuidados de saúde. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. p. 233.

legislativos sobre direitos sociais, em tempos de crise, passa por uma necessária ciência dos juízes constitucionais acerca da dimensão política de suas decisões, pois disso resultará uma atuação consciente dos limites que se impõe também ao interprete da Constituição. Afinal, todos os poderes constituídos estão submetidos à norma fundamental.

2. DIREITOS SOCIAIS

Analisar o papel do Tribunal Constitucional em matéria de controle sobre a atividade legislativa acerca dos direitos sociais, requer uma abordagem sobre o significado dos chamados “direitos sociais”, seu surgimento no movimento político, cultural e filosófico defensor de ideias libertárias-democráticas denominado constitucionalismo¹⁵², o seu enquadramento ou não como espécie de direitos fundamentais, o caráter de norma vinculativa ao legislador, além das discussões atinentes à teoria que busca legitimar restrições de direitos sociais em tempos de crise econômica.

2.1 Conceito

Antes de se buscar um conceito de direitos sociais, convém advertir, desde logo, que a própria expressão “direitos sociais” já foi questionada, no Brasil, por Waldemar Martins Ferreira¹⁵³, para quem a terminologia utilizada é passível de crítica, já que todo o Direito é social por regular fatos sociais e se projetarem para além do modo de relação entre os segmentos sociais em termos de atendimento de necessidades individuais e coletivas por prestações estatais.

Contudo, alguns autores nos indicam elementos conceituais que remetem de forma mais específica sobre os denominados “direitos sociais”.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais estão relacionados a valores isonômicos, tratando-se de direitos fundamentais consagrados na norma fundamento do Estado, que consistem em prestações positivas integrantes de deveres assumidos pela estrutura de poder estatal, destinadas a propiciar melhores condições de vida aos desfavorecidos, de modo a alcançar uma “igualização de situações sociais desiguais”¹⁵⁴.

Trata-se de segmento da ciência jurídica composta por princípios e leis que se destinam a auxiliar pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho, a satisfazerem suas necessidades vitais e a obterem acesso à propriedade privada¹⁵⁵. Assim, a expressão “direito social” designa ramo da ciência do Direito que se ocupa do direito do trabalho, da previdência social e da assistência social, ou seja, de segmento da ciência jurídica que assegura normas de

¹⁵² BARBERA, Augusto – *Le Basi Filosofiche del Costituzionalismo*. p. 03.

¹⁵³ FERREIRA, Waldemar Ferreira apud SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.* p. 518.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.* p. 520.

¹⁵⁵ CESARINO JR., Antônio Ferreira – *Direito Social Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 29.

proteção a quem figura como mão-de-obra nas relações de trabalho, me meio a prestações materiais que visam proteger contra infortúnios a pessoas que contribuem para um regime de previdência, além de prestações materiais a pessoas desamparadas que vivam em situação de hipossuficiência¹⁵⁶.

Direitos sociais são espécies de direitos fundamentais condicionados a pressupostos fático-materiais, por isso requerem a expedição de atos normativos estatais, demandam realização de políticas públicas, assim como prestações pecuniárias por parte do Estado, pelo que possuem uma inegável dimensão prestacional (positiva) destinada a realização de valores fundamentais da Constituição¹⁵⁷. Para o autor, envolvem direitos à prestação material, muitas vezes envolvendo utilidades concretas, ou seja, bens ou serviços, conectados ao desiderato de redução de desigualdades sociais, portanto, à promoção de uma igualdade material¹⁵⁸.

Os direitos sociais, que em Portugal são previstos na CRP conjuntamente com os chamados direitos econômicos e culturais, são posições subjetivas, situadas em diversos planos da atividade estatal, que buscam a realização de políticas destinadas à satisfação de direitos ligados ao princípio social, cuja força jurídica é dependente de condições fáticas propiciadas pela realidade constitucional¹⁵⁹.

Como defende Catarina dos Santos Botelho¹⁶⁰, os direitos sociais geralmente identificam-se como obrigações de *facere*, ou, prestações positivas, e como uma realidade distinta aos direitos de liberdade ou demo-liberais geradores de um *non facere*, ou também denominadas obrigações negativas. Aliás, essa distinção mostra-se em consonância com a “*Teoria dos quatro status*” de Jellinek, dentro da qual os direitos fundamentais, visto num primeiro *status* identificado com uma concepção liberal clássica, envolvem direitos de defesa numa dimensão que impõem comportamentos negativos, como intervenções em situações subjetivas, ao passo que os direitos sociais emergiriam como prestações normativas de índole positiva¹⁶¹.

Porém, cabível a advertência de que tal visão dicotômica tem uma fronteira cada vez menos nítida, pois “todos os direitos fundamentais são “individuais” — por serem direitos do ser humano — e são igualmente “sociais”, na medida em que regulam a vida coletiva”¹⁶², até

¹⁵⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 29.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 631-632.

¹⁵⁸ *Idem* – *Op. Cit.* p. 161-162.

¹⁵⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 857-861.

¹⁶⁰ BOTELHO, Catarina Santos – Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: Um Elogio Fúnebre ao Princípio do Retrocesso Social? In **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 266-269.

¹⁶¹ G. JELLINEK apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 634-635.

¹⁶² BOTELHO, Catarina Santos – Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: Um Elogio Fúnebre ao Princípio do Retrocesso Social? In **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 266-269.

porque é possível detectar direitos sociais que envolvem prestações negativas, a exemplo do direito à educação, com previsão em Portugal no art. 73.º, n.º 1 da CRP, que tem uma dimensão negativa situada na liberdade de educação, porquanto o Estado, nesse plano, deve se abster de interferir na atividade de ensinar.

Também os tratando como pertencentes ao grupo de direitos econômicos, sociais e culturais, como previsto na CRP, Gomes Canotilho¹⁶³ relaciona os direitos sociais à concepção de dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, porém atrelados a um esquema organizativo e procedimental destinado a realização de políticas públicas.

O mesmo autor destaca que elementos estruturais de cunho individual e normativo constitucional estão na base de proteção dos direitos sociais, mas admite uma multiplicidade de formas de positivação desses direitos, algumas das quais sem sanção jurídica em caso de não realização, como ocorre com as normas programática que definem os fins do Estado, servindo apenas para pressionar os órgãos incumbidos de realização de políticas públicas numa perspectiva objetiva. Contudo, adverte haver dimensão subjetiva nos direitos sociais, porque parte deles compõem “*autênticos direitos subjetivos*” que devem ser assegurados ao cidadão, mas isso dependerá de que direito social se está a tratar, pois alguns direitos sociais são autoaplicáveis, como, por exemplo, em Portugal, o é a liberdade de profissão prevista no art. 58.º n.º 1 da CRP, enquanto outros direitos sociais dependem de atividade de mediação legislativa, como é o caso do direito à saúde consagrado no art. 64.º, n.º 1, também da norma¹⁶⁴.

Vê-se, portanto, que os direitos sociais constituem um conjunto de princípios e regras destinados à realização de valores atinentes à dignidade humana, especialmente aos vulneráveis ou hipossuficientes, direitos que, em regra, exigem prestações positivas do Estado em meio à aprovação de atos normativos e execução de políticas públicas, medidas essas que buscam o alcance do princípio social.

Entretanto, direitos sociais constituem conquistas relativamente recentes na história da humanidade, assim, não há muito tempo passaram a integrar o rol de direitos assegurados aos indivíduos. Trata-se de uma conquista obtida com o evoluir do pensamento constitucionalista, inclusive em Portugal, assunto a ser abordado no próximo tópico.

¹⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 473-485.

¹⁶⁴ *Idem – Ibidem*.

2.2 Surgimento no Constitucionalismo e Consagração em Portugal

Enquanto movimento de natureza política e filosófica pautado na ideia de governo limitado, o constitucionalismo está associado à própria ideia de Constituição que, com a experiência inglesa do século XVII e as experiências revolucionárias francesa e norte-americana no século XVIII, tornou-se um instrumento normativo de afirmação de direitos contendedores das investidas estatais contra a liberdade¹⁶⁵.

Nesses contextos históricos, houve a consolidação de um Estado absenteísta marcado pelo liberalismo burguês dominante até o início do século XX, período no qual houve hegemonia da parcela comerciante capitalizada da sociedade sobre a estrutura absolutista de Estado, quando se instaurou um poderio econômico-liberal de uma classe burguesa sedenta pelo lucro, lastreado em concepções individualistas que resultaram na consagração dos direitos civis e políticos¹⁶⁶. Foi o tempo de consolidação da chamada primeira geração dos direitos fundamentais¹⁶⁷, voltados a assegurar que o Estado se afastasse dos efeitos maléficos do absolutismo imperialista, protegendo, assim, os direitos dos indivíduos em face do poder soberano estatal¹⁶⁸.

Registre-se, os supracitados direitos civis e políticos eram de cunho individualista, portanto oponíveis contra o Estado e em razão disso invocados como direitos de defesa, num plano de não interferência estatal em consagração de uma autonomia do indivíduo¹⁶⁹. Assim, a sociedade liberal pregava a consagração de uma igualdade de todos os homens perante a lei, o que foi insuficiente para evitar o surgimento de uma legião de trabalhadores submetidos a um tratamento desumano e escravizador, já que houve liberdade para estipulação de salários e demais condições de trabalho num contexto de revolução industrial, numa situação em que muitas vezes, por depender apenas do salário, ao empregado sobrava apenas a resignação¹⁷⁰.

Viu-se, então, que a existência apenas de direitos civis e políticos a serem exercidos contrariamente às investidas do Estado, firmada numa concepção de atuação passiva diante de toda uma dinâmica político-social, não mais se fazia suficiente. Alguns segmentos da sociedade

¹⁶⁵ PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais**. p. 116-140.

¹⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu – A luta pelos direitos humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. **Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1934-1999**. p. 35.

¹⁶⁷ BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. p. 576-578

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Flávio Luís – Concretização de políticas públicas na perspectiva da desneutralização do Poder Judiciário. In **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 100.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

¹⁷⁰ COMPARATO, Fabio Konder – **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52.

passaram a clamar por direitos a uma atuação do Estado, ou seja, direitos que correspondessem a prestações positivas. Foi quando surgiram os denominados “direitos sociais”. Isto porque o discurso liberal mostrava-se de mão única, tanto que quando havia a necessidade de oprimir movimentos sociais reivindicadores de melhores condições sociais, o Estado abandonava as balizas ideológicas do *laissez-faire*, inclusive mediante utilização de força policial¹⁷¹.

Alguns direitos sociais surgiram embrionária e isoladamente nas Constituições Francesas do século XIX, mais precisamente nas dos anos de 1793 e 1848, esta última aprovada como decorrência da Revolta de Paris que objetivou a derrubada do rei e acabou por instituir prestações sociais em favor de trabalhadores e de necessitados em geral, e na própria Constituição alemã de 1849, direitos tais que envolviam prestações positivas, a exemplo de saúde, educação e de assistência social¹⁷².

Porém, foi nas Constituições do período do pós-guerra, no século XX, que esses direitos surgiram com força de normas que pretendiam alcançar uma igualdade material¹⁷³. Foi observado tal movimento com o advento das Constituições Mexicana, de 1917, e Alemã, de 1919, bem como com o firmamento do Tratado de Versalhes no plano do direito internacional (criador da Organização Internacional do Trabalho), instrumentos normativos pelos quais houve a consagração dos direitos de segunda geração destinados à proteção dos trabalhadores e dos economicamente hipossuficientes.

Para Andreas Fischer-Lescano e Kolja Möller, somente com a aprovação da Constituição de Weimar, após a revolução de 1918 na Alemanha, é que houve a instituição de um constitucionalismo democrático e atento à observância de direitos humanos, pois, sustentados em ideias socialistas, os autores apontam para a insuficiência da emancipação política vivida no período do Estado liberal. Ou seja, não bastava uma emancipação estatal para garantia da propriedade privada. Mostrava-se, sim, imprescindível, a consagração de direitos sociais contrários a um cenário de dominação, com o estabelecimento de um agir do Estado direcionado não apenas à redistribuição de riqueza, mas também destinado à democratização de todo o processo de atuação e tomadas de decisões, de modo a alcançar todos os grupos de pessoas discriminadas¹⁷⁴. Tais direitos sociais representaram uma ampliação do espectro de proteção dos direitos fundamentais para além de uma concepção de direitos de liberdade,

¹⁷¹ MARCELSTEIN, George – **Curso de Direitos Fundamentais**. p. 44-46.

¹⁷² COMPARATO, Fabio Konder – **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 166.

¹⁷³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional**. p. 274.

¹⁷⁴ FISCHER-LESCANO, Andreas, MÖLLER, Kolja – **Luta pelos Direitos Sociais Globais: o delicado seria o mais grosseiro**. p. 75-84.

porquanto puderam comportar direitos a prestações de natureza positiva consistente em “prestações fáticas”¹⁷⁵.

Em acréscimo, conforme Catarina Santos Botelho, “o período que se seguiu à Segunda Guerra assinala o marco histórico da conversão qualitativa do antigo Estado liberal num Estado social”¹⁷⁶. Firmou-se o denominado “Estado social de direito”, assim originariamente designado por Herman Heller¹⁷⁷, tratando-se de sociedade politicamente organizada na qual houve a constitucionalização de obrigações do Estado alusivas a políticas sociais e econômicas, com vistas a assegurar um mínimo de bem-estar aos cidadãos, tempo em que se formou uma nova forma de organização estatal com inserção da economia no programa constitucional¹⁷⁸. Foi um período em que o Estado se afastou de uma concepção liberal não intervencionista, com a transmutação para um modelo em que passou a atuar como ordenador da atividade econômica¹⁷⁹.

Com relação a Portugal, convém traçar uma breve abordagem dos períodos do constitucionalismo português e como houve a consagração dos direitos sociais.

Neste aspecto, Bacelar Gouveia¹⁸⁰ destaca a existência de quatro grandes períodos, quais sejam: “*período liberal-monárquicos*”, “*período liberal-republicano*”, “*período nacionalista-autoritário*” e “*período democrático-social*”¹⁸¹.

No primeiro, denominado “liberal-monárquico”, integrado pelas Constituições dos anos de 1822, 1826 e 1838, como a própria denominação já induz a pensar, as normas constitucionais foram caracterizadas pela marcante presença de direitos fundamentais de primeira geração.

A Constituição de 1822 foi marcada pela nítida consagração do liberalismo econômico e político, até mesmo porque decorreu da Revolução Liberal de 1820¹⁸². Por isso, foram assegurados em seu texto, precisamente no Título I, um catálogo de direitos de cunho liberal, a exemplo do direito de propriedade, liberdade de opinião, de expressão e de imprensa e direito de liberdade de ir e vir contra prisão sem culpa formada¹⁸³. Essa norma constitucional promoveu

¹⁷⁵ HESSE, Konrad apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 635.

¹⁷⁶ BOTELHO, Catarina Santos – Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: Um Elogio Fúnebre ao Princípio do Retrocesso Social? In **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 263.

¹⁷⁷ HELLER, Hermann apud BOTELHO, Catarina Santos – Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: Um Elogio Fúnebre ao Princípio do Retrocesso Social? In **Revista da Ordem dos Advogados** p. 264.

¹⁷⁸ BOTELHO, Catarina Santos – Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: Um Elogio Fúnebre ao Princípio do Retrocesso Social? In **Revista da Ordem dos Advogados** p. 265.

¹⁷⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 209-210.

¹⁸⁰ *Idem* – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 367-372.

¹⁸¹ *Idem* – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 371.

¹⁸² HESPANHA, António Manuel – **Guiando a mão invisível – direitos, Estado e lei no Liberalismo monárquico português**. p. 61-69.

¹⁸³ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional I**. p. 267-268.

uma união real entre Brasil e Portugal, formando o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, nos termos do §2º do art. 20º da Constituição então vigente.

A Constituição de 1822 foi sucedida pela Carta de Restauração de 1826 que, após a proclamação da independência brasileira, buscou regressar a uma ordem constitucional anterior a 1822, estabelecendo o “Reino de Portugal, Algarves e seus Domínios”, Constituição essa outorgada pelo poder então vigente¹⁸⁴.

Na sobredita “Carta de Restauração”, houve o que J.J. Gomes Canotilho denomina de “desvalorização sistemática e avanço regulativo dos direitos fundamentais”, porquanto ocorreu o deslocamento normativo dos direitos fundamentais para a parte final do texto maior, porém houve a manutenção de direitos de cunho liberal e inclusão de novos direitos destinados a pessoa, como liberdade de trabalho e empresa, além de embrionários direitos de cunho social como: socorros públicos, instrução primária e gratuita a todos os cidadãos e criação de Colégios Universitários, com feição mais de altruísmo governamental, sem a configuração de deveres de prestações positivas nos moldes consagrados na Constituição de Weimar na Alemanha¹⁸⁵.

Por fim, na Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838, aprovada após movimento revolucionário ocorrido em 09 de setembro 1836, que foi a última norma fundamental vigente no primeiro período, houve uma retomada da tradição liberal, com a fixação dos direitos fundamentais inseridos na parte inicial do texto e extensão deles para abarcar também direitos de associação, reunião e resistência, por exemplo, além da preocupação de manutenção de direitos sociais da norma constitucional precedente¹⁸⁶.

O segundo período constitucionalista, denominado período liberal-republicano, instaurado com a aprovação da Constituição de 1911, foi marcado por um republicanismo consolidador de valores democráticos, porém afastada de qualquer vertente filosófica de natureza socialista¹⁸⁷. Nele, houve a consagração do regime representativo e sufrágio universal, além de que foram afirmados direitos de primeira geração, como liberdade de crença e culto, garantia de habeas corpus, segurança, propriedade e proibição de pena de morte.

Ou seja, não se notou até então uma atuação estatal marcada por um intervencionismo social estruturante nos moldes que se desenharia mais tarde com a consolidação do Estado social.

¹⁸⁴ ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de – **História do Direito Português**. Vol. II. Lisboa, 1982. p. 194-195.

¹⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol I. p. 397-399.

¹⁸⁶ *Idem* – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 408-412.

¹⁸⁷ CATROGA, Fernando – **O Republicanismo em Portugal: da formação ao 5 de outubro de 1910..** p. 26.

Já no terceiro período denominado “nacionalista-autoritário”, após o golpe militar ocorrido em Portugal no ano de 1926, em que inicialmente houve a instauração de ordem jurídica baseada em textos constitucionais de 1926 até 1933¹⁸⁸, houve a aprovação da Constituição de 1933, que institucionalizou um constitucionalismo corporativista que reconhecia a importância de grupos intermediários, situados entre Estado e indivíduo, como relevantes na atividade da administração e na formação das leis, a exemplo da família, da igreja e organismos corporativos¹⁸⁹.

No campo político, estabeleceu-se um Estado fortalecido, independente de um legislativo sem alicerce em partidário fragmentado característico do período precedente, enquanto que em matéria de ordem social, a Constituição de 1933 caracterizou-se por ser antiliberal e importou em maximização de interferência nas relações sociais¹⁹⁰, pois, conforme em diversos dispositivos nela consagrados, foram estabelecidas normas de tutela das relações familiares, associação do trabalho à empresa, direito à educação e cultura, além de liberdade de criação de escolas particulares.

Aliás, como bem destacado por Canotilho, “a Constituição de 1933, na senda da Constituição de Weimar, formalizou, pela primeira vez, a constituição econômica”, pois estatuiu balizas normativas em termos de programas de governo, convertendo a ordem constitucional anterior de cunho liberal num constitucionalismo “*programático-dirigente*”¹⁹¹.

O quarto período do constitucionalismo é o período democrático-social, marcado pelo advento da Constituição da República Portuguesa de 1976 e integrado pelas revisões que sucederam a referida norma fundamental hoje vigente, apesar de ter havido um período de transição de 1974 a 1976, em que Portugal foi regido por leis constitucionais provisórias, contexto esse notabilizado por um processo de preparação para aprovação de uma nova Assembleia Constituinte e pela criação do Conselho da Revolução no ano de 1975, que recebeu poderes constituintes de órgãos de soberania extintos na ocasião¹⁹².

Ainda no sobredito íterim, como assinala Marcelo Caetano, sobrevieram duas Plataformas de Acordo Constitucional, no caso, 1ª e 2ª Plataformas, uma de 13 de Abril de 1975 e a outra de 26 de Fevereiro de 1976, por meio das quais se ajustou um período de transição democrática, em que buscou acomodar uma posição jurídico-política favorável às Forças

¹⁸⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 435.

¹⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 178-180.

¹⁹⁰ MIRANDA, Jorge – **Manuel de Direito Constitucional I**. p. 309-315.

¹⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 183

¹⁹² GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de Direito Constitucional**. Vol I. p. 372 e 454-457

Armadas¹⁹³, mesmo porque o Movimento das Forças Armadas era que tinham protagonizado a Revolução de Abril de 1974. Ademais, a CRP empenhou o país originariamente para o alcance de um socialismo¹⁹⁴, tanto que sua versão primitiva assim dispunha: “A República Portuguesa é um Estado (...) que tem por objetivos assegurar a transição para um socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”. O Constituinte, portanto, intencionou instaurar uma intervenção planificadora do Estado na economia com “*tendência coletivizante*”¹⁹⁵, pelo que pretendia realizar direitos sociais na mesma medida a todos os sujeitos alcançados pela norma fundamental.

A sobredita tendência socialista foi interrompida com a primeira revisão constitucional de 1982, que promoveu uma reestruturação do sistema político, inclusive mediante a extinção do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional, quando foi criado o Tribunal Constitucional¹⁹⁶.

Mas, desde 2 de Abril de 1976, quando foi aprovada a Constituição da República Portuguesa, ela foi iniciada por um texto preambular e seu corpo foi introduzido por princípios fundamentais que, aliás, não se esgotam nos artigos 1º a 11º, já que ao longo do texto constitucional outros são encontrados, como o princípio da separação de poderes encontrado no art. 111.º da CRP e o da independência dos tribunais no art. 203.º da norma fundamental referida¹⁹⁷.

A Constituição da República Portuguesa foi estruturada em quatro “Partes”. Na Parte I consagrou os chamados “*Direitos e Deveres Fundamentais*”, o que ocorreu ao longo de 68 artigos, divididos em três Títulos, sendo que o Título I, composto pelos artigos 12º ao 24º, consagra os *princípios gerais* aplicáveis a todos os direitos fundamentais, o Título II versa sobre os *direitos, liberdades e garantias*, e, por último, o Título III prevê os chamados “*direitos económicos, sociais e culturais*”, conjunto este de direitos relacionados ao objeto do presente estudo¹⁹⁸.

Apesar de a CRP ter previsto os direitos sociais no mesmo Título III da sua Parte I, tratando-os como uma categoria de direitos que pertence a um grupo mais abrangente de “*direitos económicos, sociais e culturais*”, o sobredito Título III é dividido em capítulos, sendo que no Capítulo II cuidou restritamente dos “direitos sociais”, tanto que nos artigos 63º a 72º,

¹⁹³ CAETANO, Marcelo – **Constituições Portuguesas**. p. 141-142.

¹⁹⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 459.

¹⁹⁵ *Idem* – **Manual de direito constitucional**. Vol I. p. 466.

¹⁹⁶ AMARAL, Diogo de Freitas – **A Transição para a Democracia – Memórias Políticas**. p. 348.

¹⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol I. p. 188.

¹⁹⁸ *Idem* - *Ibidem*.

estabeleceu como direitos e deveres sociais diversos setores hoje consagrados como direitos à prestações materiais destinadas a desfavorecidos e vulneráveis, ou ainda ligados a condições dignas de vida, a exemplo de saúde, habitação e urbanismo, ambiente e qualidade de vida¹⁹⁹.

Ou seja, a CRP consagrou os direitos sociais como uma das espécies de direitos e deveres fundamentais. A propósito, essa ambivalência “direitos-deveres” se deve ao fato de que os destinatários dos direitos fundamentais não são somente os cidadãos ou categorias enquanto grupo de pessoas de alguma forma alcançados pela proteção social almejada pela norma, pois trata-se de direitos fundamentais sociais que possuem também como destinatário o próprio Estado, porquanto consubstanciam obrigações de criar condições para realização das prestações sociais, como compromisso de alcançar um máximo equacionamento social possível, em vista do princípio da igualdade, nos termos dispostos no art. 13.º da CRP²⁰⁰.

Assim, os direitos sociais advêm do Estado social que se consolidou em Portugal, na tentativa da criação de uma sociedade mais justa, baseada na solidariedade. Os direitos sociais, do modo como consagrados na Constituição, acabam por permitir ao Estado intervir de forma direta tanto na economia, quanto nas condições sociais das pessoas²⁰¹, o que retrata um compromisso da República Portuguesa de realização da proteção social. Esse Estado social, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, chama para si deveres de garantia de condições materiais para uma existência humana com dignidade, por meio de prestações, produzidas ou não pelo Estado, marcadas por constituírem deveres jurídicos consubstanciados em direitos fundamentais que devem corresponder a necessidades básicas, o que se alcança por mecanismos de solidariedade²⁰².

Paulo Otero discorre ser princípio do Estado social a busca constante da satisfação das necessidades coletivas em vista do bem-estar social de todos os seres humanos, a partir de uma constitutiva e elementar concepção judaico-cristã de solidariedade, em que é dever do indivíduo o cuidado com o seu semelhante²⁰³.

De todo modo, importante ressaltar que a consagração dos direitos sociais não pode ser enfrentada como um fenômeno nacional, ou seja, atomizado em termos de surgimento e

¹⁹⁹ ALVES, Dora Resende – Os direitos sociais na constituição portuguesa: Sua conexão com o direito da União Europeia. In S. V. Tamer (org.), **Temas constitucionais no Brasil e na Península Ibérica**. p. 11-33.

²⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP Constituição da República Portuguesa Anotada**. p. 316.

²⁰¹ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. p. 538

²⁰² LOUREIRO, João Carlos – **Adeus ao Estado Social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"** p. 73-77

²⁰³ OTERO, Paulo – Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In **Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976**. pp. 44-45.

consagração na norma constitucional portuguesa, pois a proteção está ligada à consagração desses direitos no plano dos Direitos Humanos e do Direito Comunitário. Ou seja, a proteção adveio também de um movimento de fora de Portugal para dentro das suas circunscrições territoriais. Nesse aspecto, importante destacar algumas das mais importantes normas que, aliás, influenciaram e continuam a influenciar a ordem jurídica portuguesa, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no plano dos direitos humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas²⁰⁴. Essa norma foi o primeiro instrumento internacional que enunciou direitos de natureza social que pela própria natureza devem ser assegurados a todos seres humanos²⁰⁵, estabelecendo, dentre outros direitos, a segurança social para o desenvolvimento dos direitos sociais (Artigo XXII), direito ao trabalho e uma remuneração justa (Artigo XXIII), direito ao repouso e ao lazer, bem como limitação de jornada de trabalho (Artigo XXIV), direito a tratamento médico, alimentação, vestuário e direito à saúde (Artigo XXV).

No mesmo plano humanista, sobreveio a Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁰⁶, de 04 de novembro de 1950, que tutelou alguns direitos de natureza social em seu artigo 8º, a exemplo do direito de proteção à saúde, porém com ênfase em aos chamados “direitos civis e políticos”.

No contexto do Direito Comunitário da União Europeia, relevante destacar a Carta Social Europeia²⁰⁷ de 18 de Outubro de 1961, assinada na cidade de Turim, na Itália, depois complementada por Protocolos e pela Carta Social Europeia Revista, de 03 de Maio de 1996, que objetivou colmatar a norma acima referida para estender a atuação do Conselho da Europa para a tutela de direitos sociais²⁰⁸, além da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, aprovada no Conselho Europeu de Estrasburgo, de 08 e 09 de Dezembro de 1989, que defendeu política de combate ao desemprego objetivando influenciar a implementação de progressos sociais pela Europa²⁰⁹.

Por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o referido bloco proclamou, pela primeira vez, direitos fundamentais com vocação geral, porquanto antes, na vigência dos tratados que constituíram as Comunidades Europeias, os tratados tinham essência

²⁰⁴ Publicada no *Diário da República*, I Série A, n.º 57/78 de 9 de Março.

²⁰⁵ ALVES, Dora Resende. *Op. Cit.* p. 9.

²⁰⁶ Ratificada por Portugal por meio da Lei nº 65/78 de 13 de Outubro no *Diário da República* n.º 236, I Série, pp. 2.119-2.145.

²⁰⁷ Publicada no *Diário da República* n.º 179, I Série-A, de 06.08.1991, pp. 3.855 a 3.872, pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/91.

²⁰⁸ CAMPOS, João Mota – **Organizações Internacionais**. p. 678.

²⁰⁹ ALVES, Dora Resende – *Op. Cit.* p. 11.

econômica sem proteção específica de direitos fundamentais²¹⁰, tempo em que os Tribunal de Justiça da União Europeia emitiam julgados em matéria de direitos fundamentais baseados em direitos dos Estados membros e com base em normas de Direito internacional, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, situação de onde surgiram os precedentes vinculativos, ou seja, o Tribunal de Justiça da União emitia julgados sem uma fonte normativa originária da própria União Europeia, que contivesse expressa previsão de direitos fundamentais²¹¹.

A crítica à sobredita norma é que ela teria apenas incorporado direitos humanos clássicos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tanto que, para Dora Resende Alves, foi no Conselho Europeu em Colónia, na Alemanha, nos dias 03 e 04 de junho de 1999, que se decidiu pela elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, com proclamação do texto no Conselho Europeu de Nice, França, em 7 a 9 de Dezembro de 2000²¹².

Não obstante a importância da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, tal norma ganha expressamente carácter jurídico vinculante com o advento do Tratado de Lisboa, que fez incluir os direitos fundamentais consagrados no art. 6.º, n.º1 do Tratado da União Europeia, quando valores como dignidade, liberdade, solidariedade, igualdade, cidadania, justiça, dentre outros, passam a ter previsão expressa, englobando, inclusive, direitos económicos e sociais.

Diante desse movimento de consagração de direitos sociais visto não apenas no âmbito das normas constitucionais portuguesas, mas também no plano dos direitos humanos e comunitário, Andreas Fischer-Lescano e Kolja Möller defendem que não é correto apenas lamentar que em Constituições de raiz económica neoliberal são protegidos primariamente direitos de propriedade privada e livre-comércio, e que direitos sociais ficariam reduzidos a condição de normas de “*soft-law* em códigos de comportamentos não vinculantes”, pois, para os autores, numa perspectiva futura, os governos e organizações intergovernamentais devem se voltar ao fortalecimento dos direitos sociais globais capazes de implementar uma política social do Direito²¹³.

Vê-se que o modo de surgimento e consagração dos direitos sociais, no constitucionalismo mundial e em Portugal, demonstra tratar-se de consagração normativa não por acaso ou caprichos de segmentos políticos na intenção de firmamentos de grupos de poder,

²¹⁰ CAMPOS, João Mota – *Op. Cit.* p. 678.

²¹¹ DUARTE, Maria Luísa – “O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais – dualidade e convergência. In *Revista de estudos europeus*. p. 32-36.

²¹² ALVES, Dora Resende – *Op. Cit.* p. 12.

²¹³ FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja – *Op. Cit.* p. 57-58.

mas sim por decorrência de movimentos sociais e do modo de pensar a forma de atuação do Estado. Afinal, na lição do jurista alemão de Marburgo, Wolfgang Abendroth, o princípio de justiça social, subjacente à consagração dos direitos sociais, não se apresenta como uma vaga definição de objetivo sem relevância jurídica no plano dos Direitos Humanos, do Direito Comunitário e mesmo no âmbito do Constitucional, pois constitui elemento normativo de exigência de uma organização democrática, destinado ao Estado, à economia e a outros segmentos da sociedade ²¹⁴, nesse último grupo estão inseridos trabalhadores e demais indivíduos em condição de vulnerabilidade.

Portanto, os direitos sociais, em Portugal, são fruto de um constitucionalismo alinhado com um movimento crescente de proteção em sede de normas internacionais.

2.3 Direitos Sociais são Direitos Fundamentais?

Apesar do tratamento normativo dos direitos sociais conferido pela CRP e no âmbito do Direito Comunitário, há ainda debate doutrinário acerca da posição dessa categoria de direitos enquanto direitos fundamentais propriamente ditos.

Noutros termos, questiona-se se os direitos sociais seriam espécies de direitos fundamentais. Ademais, mesmo que se admita uma resposta afirmativa a essa pergunta, teriam os direitos sociais a mesma densidade jurídica de outros direitos também tidos como fundamentais?

Ainda que a consolidação mais expressiva do modelo de Estado do bem-estar social já tenha ocorrido há aproximadamente um século, os questionamentos acima ainda suscitam debates, em especial se levarmos em conta a diversidade de formas com que são tratados os direitos sociais em distintos ordenamentos jurídicos. Não obstante, alguns elementos comuns a quaisquer direitos sociais podem ser abordados.

Antes de se adentrar em possíveis respostas aos questionamentos anteriormente apontados, cumpre traçar elementos conceituais sobre os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser apresentados como posições jurídicas subjetivas dos seres humanos, autônoma ou coletivamente identificados, direitos tais consagrados numa norma base estruturante que designa quais direitos são materialmente fundamentais levando em conta o conteúdo e importância²¹⁵. Trata-se de direitos básicos conducentes a uma vida com

²¹⁴ ABENDROTH, Wolfgang apud FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja – *Op. Cit.* p. 76-77.

²¹⁵ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. p. 07.

dignidade, não obstante esses direitos devam estar alinhados a filosofias políticas, sociais e econômicas, além de estar atrelado a circunstâncias de cada época e lugar”²¹⁶.

A compreensão de que os direitos fundamentais devem ser considerados os materiais quando necessariamente consagrados na Constituição, retrata, segundo Bacelar Gouveia²¹⁷, uma “*versão imperialista*”, passível de ressalva, porque a simples consagração de uma norma na Constituição escrita não lhe confere caráter materialmente fundamental.

Numa perspectiva multifacetária, defendida por José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais podem ser concebidos tanto como direitos naturais de todos os homens, independentemente do tempo, lugar e aspectos históricos que o cercam, como podem ser os direitos mais relevantes destinados a pessoa, num determinado lugar, mediante a consagração por norma aprovada num Estado ou numa comunidade de Estados. Ou seja, são direitos naturais destinados a todos os homens como afirmação enquanto norma fundamental num Estado, ou também como direitos mais importantes destinados a todos os homens numa perspectiva “*universalista ou internacionalista*”²¹⁸. É o que Bacelar Gouveia denomina de concepção “*liberal-moderna*, fincada num “tríplice critério substancial e formal – ter um radical subjetivo, exercer uma função de proteção de bens pessoais e possuir uma intenção de uma ideia de homem ‘decantada pela consciência universal ao longo dos tempos’ ”²¹⁹.

Gomes Canotilho e Vital Moreira²²⁰ dão contributo ao assunto por meio de uma versão conceitual que busca compreender os direitos fundamentais como os direitos negativos e positivos, ou seja, a partir de uma harmonização das teorias liberais e sociais dos direitos fundamentais, resultantes na opção dos valores consistentes na “liberdade”, “democracia política” e “democracia econômica e social”. Trata-se da chamada versão “*omnicomprensiva*”²²¹.

De todo modo, é assinalável que os direitos fundamentais são posições jurídicas que, em razão de seu conteúdo e importância, foram alçados ao texto da Constituição e retirados da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo ou significado, podem ser agregadas como Constituição material, tendo ou não fundamento na

²¹⁶ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional- Direitos Fundamentais**. p. 23.

²¹⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 939.

²¹⁸ DE ANDRADE José Carlos Vieira - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 15.

²¹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 939-940.

²²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. p. 106.

²²¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 940.

Constituição formal²²². Ingo Sarlet prefere estabelecer uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos ao discorrer que,

os direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos, guardaria a relação com os documentos do direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional)²²³.

Nota-se, portanto, que há imensa dificuldade na conceituação de direitos fundamentais, até mesmo em função da transformação por eles sofrida no decorrer da evolução do constitucionalismo, resultante numa tendente ampliação de proteção do homem, o que resultou, aliás, na utilização de diversas expressões para designá-los, a exemplo de “liberdades públicas”, “direitos do homem”, liberdades fundamentais” e “direitos naturais”, expressões essas que não são aceitas como termos sinônimos, pois possuem, ou um conteúdo diverso, ou ao menos um universo mais restrito do que os direitos fundamentais²²⁴.

Assim, os direitos fundamentais são direitos subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, assegurados por meio de norma constitucional limitadora do poder estatal, com elevação do homem ao centro do ordenamento jurídico num objetivo de constituição de uma sociedade justa. Tais direitos representam as condições mínimas para a convivência em uma sociedade democrática, porquanto tem a finalidade de unificar e harmonizar o sistema constitucional, pois devem ser garantidos num Estado democrático e de direito em sede constitucional, já que de nada adiante a consagração de um direito no plano natural sem que haja um Estado para assegurar esse direito no plano interno. Na verdade, os direitos fundamentais podem ser considerados na sua dimensão natural, como direitos absolutos, imutáveis e intemporais, intrínsecos à qualidade de homem, dos seus titulares e, desta feita, constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica²²⁵.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da – *Op. Cit.* p. 496

²²³ SARLET Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** p. 29.

²²⁴ SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.* p. 447/451.

²²⁵ CASIMIRO, Josefa Chilulu (2015) – **Uma reflexão sobre direitos fundamentais.** p. 15-21.

Diante do exposto, surge a seguinte questão: os direitos sociais seriam espécies de direitos fundamentais? Ademais, poderiam compor normas com mesma densidade jurídica de outros direitos fundamentais, ou dos direitos fundamentais em geral?

Trata-se de assunto que ainda gera polêmica na dogmática jurídica, tema a ser ora tratado. De todo modo, como existe o reconhecimento, ao menos formal, de que os direitos sociais são espécies de direitos fundamentais, especialmente por estarem dispostos no Título II da CRP, cabe no próximo tópico a análise da fundamentalidade desses direitos, com destaque sobre a polêmica de ser possível ou não uma categorização dos direitos fundamentais com tratamento distinto aos direitos sociais. Aliás, essa discussão é relevante, mormente em razão da importância que a identificação do regime dos direitos sociais tem para a delimitação da atuação do Tribunal Constitucional, especialmente como órgão controlador das atividades legislativas em tempos de crise.

2.3.1 Objeções dogmáticas ao reconhecimento.

De início, é importante abordar que a objeção ao reconhecimento dos direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, ou à própria natureza jurídica dos direitos sociais, finca-se numa concepção liberal de conformidade das relações entre Estado e indivíduo, a ser realizada pelo Direito. Isto porque, para a caracterização dos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais, quais sejam, o de que os direitos fundamentais são aqueles nomeados e especificados na Constituição, e o segundo critério consistente em que os direitos fundamentais são aqueles receptores de um elevado grau de garantia e segurança na norma fundamental, em termos de imutabilidade ou maior dificuldade de alteração²²⁶.

Ademais, segundo Paulo Bonavides, para além dos elementos formais acima, Schmitt apontou que os direitos fundamentais são estatuídos conforme à ideologia, modo de atuar do Estado e de acordo com os valores e princípios consagrados na sociedade politicamente organizada, pelo que, a partir de ideais liberais, defendeu que “os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, (...) os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”, isto é, direitos invocados contra investidas Estatais e que, diante disso, impõe um não agir contra as liberdades individuais²²⁷.

²²⁶ SCHMITT, Carl apud BONAVIDES, Paulo – *Op. Cit.* p. 575.

²²⁷ *Idem - Ibidem.*

Para essa primeira vertente de pensamento, os direitos fundamentais compõem-se de direitos civis segundo uma visão do liberalismo clássico²²⁸, que entende os direitos fundamentais enquanto “direitos de autonomia e direitos de defesa” do indivíduo contra o Estado, não associados à proteção de interesses da coletividade. Portanto, os direitos fundamentais seriam os de ordem restritamente individual ligados à liberdade.

Os direitos fundamentais, segundo uma concepção liberal pura, são conferidos ao homem pelo simples fato de ser homem, a partir de uma visão jusnaturalista no sentido de que o Direito positivo reconhece direitos que são anteriores à própria formação do Estado, pelo que a ideia de Locke é no sentido de o indivíduo ser titular de interesses que os outros homens, individual e coletivamente, devem respeitar, interesses esses não criados pelo Estado como direitos do indivíduos, mas apenas declarados pela norma fundamental vigente por serem inatos à condição humana²²⁹.

Assim, quando se faz uma regressão ao estágio dos direitos fundamentais no século XIX, é plausível pensar neles com uma visão adstrita aos direitos civis e políticos ligados a valores do liberalismo concebido por Carl Schmitt e Lock.

Todavia, após as conquistas sobrevindas com o Constitucionalismo social, como tratado em capítulo anterior, as limitações ou conformações impostas ao Estado ganharam novos contornos por meio de normas que impuseram compromissos de proteção social. De todo modo, não obstante essa objeção, José Afonso da Silva²³⁰ destaca que segmentos do constitucionalismo chegam a negar natureza jurídica aos direitos sociais, notadamente em países baseados em constituições antigas, como os Estados Unidos, além de outros países, como Espanha e Irlanda, nos quais há apenas previsão de princípios diretores da política social, sem haver propriamente norma contendo um rol de direitos sociais passíveis de exigência em face do Estado. O autor também destaca que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha praticamente nada prevê em matéria de direitos sociais, o que obriga o Tribunal Constitucional Alemão a se socorrer à cláusula da dignidade humana, constante no primeiro artigo da lei fundamental, quando quer tutelar direitos sociais²³¹.

Gilmar Ferreira Mendes²³² destaca que “a própria existência de direitos sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes

²²⁸ CANOTILHO, J.J. GOMES – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1.396.

²²⁹ ABRANTES, José João Nunes – **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. p. 07-14.

²³⁰ SILVA, José Afonso da – **Teoria do Conhecimento Constitucional**. p. 521.

²³¹ *Idem* – *Ibidem*.

²³² ALEXY, Robert apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 633-634.

atribui eficácia plena”. Além disso, aponta a existência de desafios enfrentados pelos direitos sociais, no direito comparada, ou, quiçá, resistência no tocante ao reconhecimento como direitos fundamentais, ao trazer também como exemplo a própria Constituição Federal Alemã que não contém direitos sociais de maneira expressa. O autor também cita a Constituição do Chile que, apesar de contemplar um catálogo de direitos sociais, não estatuiu meios processuais de pretensão judicial desses direitos²³³.

Nos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres, o que determina se um direito social é ou não direito fundamental não é a natureza, mas a imprescindibilidade de mediação de ato legislativo em matéria de aplicabilidade do instituto, pelo que a indispensabilidade de política pública, por meio de ato legislativo ou administrativo de caráter geral, para efeito de realização material, tornaria claro que um determinado direito não é fundamental²³⁴. Para o autor, existem direitos sociais fundamentais quando correspondentes ao mínimo essencial a ser garantido ao indivíduo, independentemente de norma infraconstitucional regulamentadora. Assim, quando o direito social é dependente de lei para ter aplicabilidade, tal aspecto sinaliza que se trata de direito constitucional de conteúdo meramente programático, mas não de direitos fundamentais imediatamente exigíveis, o que seria observável, na visão do autor, na maior parte dos direitos sociais²³⁵.

Importante ressaltar que, quando se está a falar de um direito fundamental dependente de “política pública”, esta expressão “política pública” deve ser entendida como uma “atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”²³⁶, ou um conjunto de ações envolvendo planejamento e medidas executivas destinadas a atingir um objetivo ou fim estatal, normalmente estabelecidas por meio de atos dos Poderes Legislativo e Executivo²³⁷.

Na Itália, os direitos ao acesso à saúde, à instrução e à liberdade de trabalho não são tratados como se direitos sociais fossem²³⁸, mas sim como direitos de formação social ou direitos enquanto reflexos ou manifestações do direito de liberdade, na medida em que os direitos

²³³ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 634.

²³⁴ TORRES, Ricardo Lobo – O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In ***Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie***. p. 336-337.

²³⁵ *Idem* – *Op. Cit.*, p. 315-316..

²³⁶ COMPARATO, Fábio Konder – Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. ***Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional***. p. 352-353.

²³⁷ JORGE NETO, Nagib de Melo – ***O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais***. p. 54.

²³⁸ CRISAFULLI, Vesio – ***Lezioni di Diritto Costituzionale*** apud SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.*, p. 521.

sociais se apresentam como limitações deste, já que a norma fundamental remete o tratamento desses direitos ao legislador ordinário²³⁹.

Essa negação da condição de direito fundamental, aos chamados direitos sociais, também é atribuída a um denominável “*constitucionalismo simbólico*” dotado normalmente de normas da alta carga “*pseudoprogramáticas*”²⁴⁰, no qual Constituições preveem um “*catálogo de ilusões*” traduzidos em direitos ditos sociais que muitas vezes não seriam exigíveis do Estado, ideia de Jorge Reinaldo A. Vanossi que, aliás, aponta, como exemplo, a Constituição da República Portuguesa de 1976²⁴¹.

Apesar dos posicionamentos destacados, em Portugal a discussão tomou uma direção diversa da negação da fundamentalidade dos direitos sociais.

Com efeito, Catarina Botelho dos Santos aponta existir, em Portugal, uma inclinação uniforme da doutrina em considerar os direitos sociais genuínos direitos fundamentais, de modo a não serem conduzidos a condição de meras declarações de direito, haja vista que os direitos sociais se situam dentro do Título I da CRP que se refere a “Direitos e Deveres Fundamentais”²⁴². O termo inclinação parece apropriado se considerarmos que Luís Pereira Coutinho sustentou claramente a compreensão de direitos sociais não como direitos fundamentais, mas como meros “compromissos da comunidade política mediatizados pela maioria”, ou seja, sujeitos à livre disposição de concretização normativa de acordo com os planeamentos governamentais.

2.3.2 Direitos sociais enquanto direitos fundamentais.

Segundo Jorge Miranda, os direitos sociais possuem natureza de direitos fundamentais, sendo essa uma compreensão tendencialmente uniforme em Portugal, mesmo porque os direitos sociais não podem ser admitidos como direitos destituídos de eficácia jurídica, ou seja, como meras declarações de direitos²⁴³.

O caráter de direito fundamental dos direitos sociais, no que tange ao aspecto formal, é difícil de ser negado em Portugal, haja vista a previsão de um rol de direitos sociais contido nos artigos 63.º ao 72.º da Constituição da República Portuguesa de 1976, situados no Título III que

²³⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de – *Diritto Costituzionale*. p. 263-274.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo – *A Constitucionalização Simbólica*. p. 183.

²⁴¹ VANOSS, Jorge Reinaldo A. – *El Estado de Derecho em el Constitucionalismo Social*. p. 307.

²⁴² BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? In *Revista da Ordem dos Advogados*. p. 273.

²⁴³ MIRANDA, Jorge apud BOTELHO, Catarina Santos. *Op. Cit.* p. 273.

prevê os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, da Parte I da CRP que versa sobre direitos e deveres fundamentais. O Capítulo II, do referido Título III, estabelece regras específicas consagradoras de normas de direitos sociais, a saber: segurança social e solidariedade (art. 63.º), direito à saúde (art. 64.º), direito à habitação e urbanismo (art. 65.º), direito ao ambiente a à qualidade de vida (art. 66.º), direito à família (art. 67.º), paternidade e maternidade (art. 68.º), infância (art. 69.º), juventude (art. 70.º) direitos aos cidadãos com deficiência (art. 71.º) e direitos às pessoas de terceira idade (art. 72.º).

Apesar disso, há debate doutrinário quanto à equivalência material dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade, bem como há discussão no que diz respeito ao regime garantístico dos dois grupos de direitos fundamentais.

A primeira corrente doutrinária minoritária defende a denominada “Tese da Unidade Dogmática”²⁴⁴, corrente da qual fazem parte Jorge Reis Novais²⁴⁵ e Isabel Moreira²⁴⁶.

Segundo a sobredita tese, existe uma identidade de relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais, sem distinção no tocante à relevância substancial do bem jurídico constitucionalmente protegido, embora tenham estrutura diversiforme das normas que os consagram em decorrência muito mais de um vacilo de sistematização pelo poder constituinte do que propriamente por uma diferenciação de essência dos direitos em cotejo. Aliás, como bem assinala Carlos Blanco de Moraes ao mencionar a “Tese da Unidade Dogmática”, embora não seja adepto, “não haveria razões evidentes para conferir a uma dessas categorias, os direitos, liberdades e garantias, uma supremacia material e axiológica sobre os direitos sociais, já que concorrem, de igual modo para a valorização e proteção da pessoa humana”²⁴⁷.

Vasco Pereira da Silva²⁴⁸, em sentido similar, embora direcione seu pensamento mais à análise do direito à cultura, faz menção aos direitos económicos, sociais e culturais como direitos subjetivos e que constituem princípios estruturantes da ordem jurídica portuguesa, de modo que tais direitos possuem dimensão objetiva similar aos direitos de liberdade. Para o autor, um tratamento distinto entre direitos sociais e direitos de liberdade não condiz com a unidade estrutural que garante os direitos fundamentais, motivo pelo qual se revela descabida

²⁴⁴ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**, p. 62.

²⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**, p. 349.

²⁴⁶ MOREIRA, Isabel – **A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa**.

²⁴⁷ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**, p. 63.

²⁴⁸ SILVA, Vasco Pereira da - **A Cultura a Que Tenho Direito – Direitos fundamentais e cultura**.

qualificações dicotômicas entre os institutos, mesmo porque todos constituem expressão jurídica do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º da CRP.

A propósito, não foi por acaso que o constituinte, em busca de evitar *erros derivados de sistematizações rígidas*, estabeleceu no artigo 17.º da CRP que o regime de direitos, liberdades e garantias se aplique a outros direitos análogos ao longo de outros títulos da Constituição, o que seria o caso dos direitos sociais²⁴⁹.

Ademais, para a tese ora analisada, a exigibilidade de prestações financeiras não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, tampouco deve servir de justificativa para se pensar que tais direitos não são invocáveis de forma direta e imediatamente a partir do texto constitucional. Isto porque, não são apenas os direitos sociais que demandam prestações materiais do Estado sujeitas a condicionamentos financeiros. Diversas ações estatais voltadas à implementação de direitos de liberdade demandam prestações financeiras, a exemplo de despesas com órgãos de segurança pública e aparelhamento do Poder Judiciário²⁵⁰. Ou seja, direitos fundamentais reclamam dispêndio financeiro²⁵¹.

A diferenciação entre direitos sociais e direitos de liberdade reside, em suma, em dois pontos que comportam relativização. O primeiro consistente num critério orgânico que distingue a reserva de competência à Assembleia da República, isto porque, no caso de direitos de liberdade, a restrição ou regência ficaria adstrito à lei parlamentar ou decreto-lei autorizado, enquanto que os direitos sociais poderiam ser regulados ou restringidos por lei ou por decreto-lei, aspecto que mais está mais relacionado a um elemento formal referente à delimitação de competências. O segundo ponto, por sua vez, reside no critério de aplicabilidade direta e imediata dos direitos e garantias que seriam mais acentuados no caso dos direitos de liberdade, mas que não deve ser totalmente descartado, haja vista que “*todos os direitos fundamentais teriam aplicabilidade direta na sua dimensão negativa ou defensiva*”, sem contar que diversos direitos de liberdade também carecem de norma legal para terem aplicabilidade imediata²⁵².

Para a corrente seguidora da “Tese da Unidade Dogmática”, é criticável a distinção entre dois grupos de direitos fundamentais, no caso, o primeiro grupo de direitos fundamentais que seriam categorizados em direitos “*mesmo fundamentais*”, compostos por direitos de liberdade,

²⁴⁹ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 65.

²⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. p. 95 ss.

²⁵¹ NABAIS, José Casalta - Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. p. 51-52. No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina - **Direitos Fundamentais Sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. p. 188.

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis apud MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 66-67.

a exemplo do direito de expressão, com maior resistência à atividade legislativa, e um segundo grupo de diretos direitos fundamentais “*assim-assim*”, suscetíveis de restrições por parte do legislador numa medida maior, grupo de direitos fundamentais que abarcaria os direitos sociais²⁵³.

Todavia, apesar de todas as ponderações suscitadas pela corrente doutrinária defensora da “Tese da Unidade Dogmática”, a corrente predominante em Portugal defende a possibilidade de diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Para José Carlos Vieira de Andrade, a Constituição da República Portuguesa de 1976 distinguiu o regime constitucional dos direitos sociais em relação aos direitos, liberdades e garantias²⁵⁴. Ou seja, o autor português não negou o carácter fundamental dos direitos sociais, porém admitiu a categorização ao explicitar a aceitação de uma distinção de regimes na medida em que identificou determinabilidade dos conteúdos dos respectivos preceitos ao nível das opções constitucionais, distinguindo-os dos direitos económicos, sociais e culturais, já que estes demandariam uma delimitação do legislador ordinário para alcançarem tal determinabilidade. Assim, a “liquidez e certeza” dos diretos, liberdades e garantias estariam presentes no próprio plano normativo constitucional, enquanto que nos económicos e sociais tal carácter “líquido e certo” somente estaria suscetível de detecção quando da regulamentação pelo legislador infraconstitucional²⁵⁵.

Jorge Bacelar Gouveia, do mesmo modo, reconheceu a natureza constitucional dos direitos sociais, porém afirmou a possibilidade de distinção de intensidade normativa e diferenciação de alcance desses direitos em comparação com os “direitos, liberdades e garantias”, o que se dá por um critério de separação *normativo-formal*. Para o referido autor, as normas atributivas dos direitos, liberdades e garantias, “enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas”, assim, com maior vinculatividade em comparação às normas de diretos sociais que possuem natureza programática²⁵⁶.

Todavia, Bacelar Gouveia diverge de José Carlos Vieira de Andrade quando aponta que a determinabilidade ou não do direito não é o traço distintivo entre “direitos sociais” e “direitos, liberdades e garantias”, porquanto compreende que a Constituição pode estatuir direitos sociais

²⁵³ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 141-143.

²⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 634.

²⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **s direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2016. p. 176.

²⁵⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial**. Vol II. p. 950-959.

de conteúdo determinado. Apesar desse ponto de divergência em relação ao autor anteriormente referido, defende que o caráter positivo das prestações materiais e o critério de destinatário público dos direitos não servem também para apartar os direitos sociais, porém admite que “*a força diretiva*” dos direitos, liberdades e garantias é mais forte que a dos direitos sociais, especialmente no que tange à “*intervenção reguladora*” e “*intervenção restritiva*”, matérias em que o legislador tem maior liberdade conformativa ao regulamentar direitos sociais²⁵⁷. A categorização é externada pelo autor ao admitir a existência de regime específico atribuído aos direitos, liberdades e garantias, não aplicável aos direitos sociais, exigível, portanto, uma distinção conceitual entre os diferentes direitos fundamentais em discussão²⁵⁸.

Assim, os direitos sociais são fundamentais por estarem assegurados no texto da CRP e o legislador não os pode suprimir, até porque tais direitos investem a autoridade legislativa de obrigações no que tange à efetivação de valores de promoção social, motivo pelo qual os direitos sociais não podem ser equiparados a direitos assegurados restritamente na legislação ordinária. Contudo, para Blanco de Moraes os direitos sociais se revelam de forma distinta em comparação com os chamados direitos de liberdade, porque estes representam alicerce de sustentação para a própria manutenção do Estado de direito democrático. Os direitos, liberdades e garantias consistem em elementos normativos estruturantes de um Estado democrático de Direito, o que não ocorre com os direitos sociais que, a critério de uma decisão política do Poder soberano, podem ou não conter previsão na Constituição, cabendo destacar que a norte-americana e alemã, atualmente vigentes, exemplificam norma fundamental sem direitos sociais²⁵⁹.

Apesar de apontar como aspecto não determinante para um maior grau de importância dos direitos de liberdade, o supracitado autor defende não haver como negar as razões históricas que resultaram na atribuição de um peso maior a direitos contrários à consolidação de um Estado revolucionário. Afinal, na linha de ideia do autor, o processo constituinte 1975-1976 decorreu de um movimento revolucionário que poderia resultar numa Constituição autoritária de raiz marxista, mas que para combater essa ameaça assegurou precedência aos direitos de liberdade, seguindo uma lógica inspirada no modelo da Lei Fundamental alemã²⁶⁰.

²⁵⁷ *Idem* – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial**. Vol II. p. 950-959.

²⁵⁸ *Idem* – **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial**. Vol II. p. 950.

²⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 69-70.

²⁶⁰ *Idem* - *Ibidem*.

Afora o primado substancial acima destacado, aponta-se uma “*diferença quantitativa e qualitativa das obrigações prestacionais do Estado*”. Quanto à primeira, estaria no fato de os direitos sociais, como saúde e educação, envolverem custos orçamentários muito maiores do que observável com garantia de direitos de liberdade exemplificados em políticas de segurança, administração pública e justiça. Outrossim, a diferença qualitativa traduz-se em que “os sistemas de segurança e justiça, já para não aludir à administração pública, vão muito para além da defesa de direitos de liberdade, pelo que não é possível discriminar, dentro das respectivas despesas, os custos específicos com a proteção desses direitos”. Desta feita, a redução de despesas com atividades do Estado voltadas à promoção de direitos de liberdade se revelam muito mais comprometedoras à existência do Estado, até por terem um alcance maior, do que em relação aos direitos sociais. A redução a um mínimo existencial seria possível em matéria de direitos sociais, mas não em relação aos direitos de liberdade, sob pena de comprometer o próprio Estado democrático²⁶¹.

Outro ponto abordado pela corrente avessa à tese unitária, é que os direitos sociais possuem dimensão subjetiva distinta dos direitos de liberdade.

Gomes Canotilho ensina que direitos subjetivos podem ser definidos como posições jurídicas ativas consagradas na norma jurídica, que possuem alto grau de determinabilidade, de modo a permitir que o titular do direito desfrute de forma imediata, inclusive com possibilidade de exigi-lo judicialmente²⁶².

Aliás, quanto à referida determinabilidade, em realidade ela é peculiar por envolver, no geral, a individualização do detentor da titularidade do direito, o objeto envolvido, conteúdo (em termos de que matéria é protegida pelo direito em discussão) e o cabimento de sua discussão no plano do processo judicial²⁶³.

No caso dos direitos sociais, como se situam em normas de conteúdo programático, ou seja, em normas que estabelecem programas de governo dependentes de lei, dotação orçamentária e de atividade de gestão pública, esses elementos é que delimitarão a titularidade do direito, o objeto, modo de exercício e mecanismos de proteção. Assim, serão determinados, ao ponto de serem exigíveis judicialmente, apenas após a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo por meio desses elementos delimitadores²⁶⁴.

²⁶¹ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 71-73.

²⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1.176-1.177.

²⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 73.

²⁶⁴ *Idem - Ibidem*.

Como assinala Catarina Santos Botelho, os direitos sociais são direitos fundamentais assim como os dos direitos de liberdade, todavia estão situados em normas de conteúdo programático, e que, por isso, não conferem ao titular direitos subjetivos diretamente acionáveis, mas possuem a serventia de figurarem como autênticos padrões interpretativos para a jurisprudência e ao exercício da atividade político-legislativa²⁶⁵.

Uma diferenciação de regime decorrente de categorização de direitos fundamentais, com efeito, é percebida no tocante ao princípio da proteção da confiança (art. 2.º da CRP), porquanto a aplicação dos direitos sociais não se dá em mesmo grau quando comparada a dos direitos, liberdades e garantias, isto porque a justificação de restrição de direitos sociais por medida normativa pode resultar de um juízo de ponderação em que a confiança do cidadão na estabilidade das leis pode ceder perante interesse público atinente à própria sustentabilidade do sistema social, em termos financeiros²⁶⁶.

Cumprе mencionar, ainda, a existência de um relevo horizontal e vertical da reserva parlamentar de lei na esfera dos direitos, liberdades e garantias, pois diferentemente do critério orgânico apontado pela tese da unidade dogmática como insuficiente a revelar uma distinção material entre direitos sociais e direitos, liberdades e garantias, a ideia de distinção de regime se baseia também no fato de que o elemento orgânico é, sim, um ponto de divisão entre as duas categorias de direitos fundamentais, com uma relação direta com a relevância substancial das matérias envolvidas pelos direitos de liberdade, e que por isso possuem uma reserva parlamentar de densidade absoluta. No momento, mostra-se oportuna a transcrição da seguinte lição,

subsiste um requisito diferencial relevante. É que os direitos, liberdades e garantias supõem uma reserva parlamentar de densificação total, ou seja, devem ser integralmente regulados no seu conteúdo essencial, modo de exercício e regime de proteção por leis da Assembleia da República ou decretos-leis autorizados, não sendo consentida a coexistência entre leis de bases parlamentares e decretos-lei de desenvolvimento. Tão pouco são admitidos decretos legislativos regionais autorizados. Já no caso das reservas parlamentares de bases dos direitos sociais à educação, saúde e segurança social, o Parlamento pode resumir a sua atuação a leis de princípios muito gerais, ou seja, a parâmetros indeterminados de conteúdo incompleto,

²⁶⁵ BOTELHO, Catarina Santos - **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise — Ou Revisitar as Normas Programáticas** p. 500. No mesmo sentido: SOMMERMAN, Karl-Peter - *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. p. 482.

²⁶⁶ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 77-78.

sendo a disciplina mais relevante e portadora de eficácia intersubjetiva, que é a de detalhe, cometida à disponibilidade do Governo e das assembleias legislativas regionais²⁶⁷.

Posto isto, indiscutível que para a corrente doutrinária em exame, o entendimento é no sentido de existência de um regime especial aplicável aos direitos, liberdades e garantias, se comparado aos direitos económicos, sociais e culturais²⁶⁸, sendo o reforço de proteção do primeiro grupo de direitos fundamentais confirmado pelo art. 18.º da CRP, que estabelece o que Bacelar Gouveia denomina de “*princípio da proteção do núcleo essencial*” dos direitos, liberdade e garantias²⁶⁹. Nesse aspecto, os críticos à “Tese da unidade dogmática” não concordam com o entendimento de que os direitos sociais podem ser estendidos por decisão judicial, pois consubstanciaria um meio tergiversador de revisão da Constituição por meio de um “*decisionismo jurisprudencial furtivo*”²⁷⁰, o que pode acarretar violação do princípio da separação de poderes.

Do pensamento crítico de Jorge Reis Novais é extraído que, se o caráter de direitos fundamentais não é negado por Maria Lúcia Amaral, parece, no mínimo, ser obtemperado no tocante à sua eficácia jurídica quando a autora defende que os direitos sociais constituem “posições jurídicas não resistentes à lei”, como se tratasse de direitos pertencentes a campo normativo distinto dos autênticos direitos fundamentais²⁷¹. Ou seja, os direitos sociais, a exemplo dos direitos de acesso à saúde, ao ensino e à segurança social, estariam numa categoria de direitos assegurados pela Constituição sem o mesmo grau de proteção dos autênticos direitos fundamentais, a exemplo do direito à liberdade de expressão e liberdade de locomoção, motivo pelo qual uma lei somente ofenderia direitos sociais se fosse arbitrária no sentido de claramente contrária à norma constitucional.

Jorge Reis Novais²⁷², portanto, discorre que, à luz do entendimento acima destacado, a sobredita uniformidade de regime se resume a um reconhecimento formal de consagração dos direitos sociais no texto da Constituição, até porque negar essa consagração textual seria questionar a própria opção de um poder constituinte originário. Porém, o caráter fundamental

²⁶⁷ *Idem* - De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”. p. 80.

²⁶⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Manual de direito constitucional : introdução, parte geral, parte especial. Vol II. p. 996.

²⁶⁹ *Idem* – Manual de direito constitucional : introdução, parte geral, parte especial. Vol II. p. 1.010.

²⁷⁰ MORAIS, Carlos Blanco de - De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”. p. 83.

²⁷¹ AMARAL, Maria Lúcia apud NOVAIS, Jorge Reis – Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos. p. 141-144.

²⁷² *Idem* – Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos. p. 143-144..

dos direitos sociais são postos em questão quando se considera a existência de direitos sociais “*não resistentes à lei*”.

De todo o exposto, cumpre observar que os direitos sociais, embora não tratados como autênticos direitos fundamentais por alguns autores estrangeiros e à vista de outras normas fundamentais no Direito Comparado, possuem em Portugal o qualificativo de direitos fundamentais até mesmo em razão de previsão expressa na norma fundamental. Contudo, acirrada discussão é percebida sobre a existência ou não de categorização desses direitos, mormente quando comparados aos direitos de liberdade.

Como bem assinala Cristina Queiroz, a preocupação com essa discussão não pode ser desprezada, pois o reconhecimento dos direitos sociais é um problema que afeta à toda sociedade, mesmo porque o Estado e a coletividade possuem como objetivo a promoção do desenvolvimento social. Afinal os direitos sociais, cuja posição jurídica nos dias de hoje é diferente da percebida no passado, são verdadeiros direitos fundamentais²⁷³.

Questão que vem à tona é se essa condição de direitos fundamentais dos direitos sociais vincula ou não o legislador infraconstitucional. Ponto a ser abordado no próximo item.

2.3.3 Vinculação ao legislador?

A liberdade de atuação do legislador constitui assunto tormentoso quando se está a tratar de direito sociais.

A consagração de direitos sociais no texto constitucional imporia um reconhecimento de que há um dever do Estado em agir vinculativamente à Constituição, embora dessa situação decorra uma margem de discricionariedade ao legislador e ao Poder Executivo em matéria de implementação de políticas públicas. Noutros termos, a Constituição, ao reconhecer direitos sociais, torna obrigatória a proteção do direito por parte do Poder Público, porém conforme critérios de conveniência e oportunidade a serem definidos pelos Poderes Executivo e Legislativo²⁷⁴. Esse seria um ponto comum em toda linha interpretativa relacionada à vinculação do legislador em matéria de direitos sociais, seja reconhecendo-lhes ou negando-lhes o caráter de direitos subjetivos. Assim, o Estado estaria vinculado ao dever de proteção, mas os meios a serem escolhidos recairia na margem de discricionariedade do legislador²⁷⁵.

²⁷³ QUEIROZ, Cristina - **O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais**. p. 11-12.

²⁷⁴ ALMEIDA, Luiz Eduardo de – **Direitos sociais e seus limites: uma construção a partir das Decisões do STF**. p. 160-162.

²⁷⁵ *Idem* – *Ibidem*.

Para Canotilho, contudo, o amplo espaço conformativo do legislador é distinto da discricionariedade administrativa, pois esta consiste em complementação do estabelecido na lei por meio de medidas concretas dentro de uma atividade individualizante, enquanto que o legislador, ao concretizar princípios constitucionais no plano de sua liberdade de conformação, cria medidas gerais²⁷⁶, o que traz discussão quanto ao grau de liberdade de decisão de quem tem o poder de criar as leis.

Ao abordar os direitos sociais em Portugal, José Carlos Vieira de Andrade leciona que a abertura, bem como o caráter cumulativo e reativo do evoluir do constitucionalismo em Portugal traz, na sua essência, um rol de direitos fundamentais, nesses incluídos os direitos sociais, como resposta normativa adequada às ameaças à dignidade humana, o que inclui o poder de normatização imprescindível à confirmação dos direitos sociais, com a finalidade de promoção de igualdade social e para que se evite quadro de discriminação²⁷⁷. Porém, adverte o autor, que, além de atentar a um conteúdo mínimo de proteção social, o legislador está vinculado apenas quando se estiver diante de uma determinação constitucional expressa e inequívoca de prestação legislativa, e somente nessas situações é que se deve admitir interferência judicial²⁷⁸. Isto também porque o autor é adepto da corrente de pensamento que atribui aos direitos fundamentais sociais um conteúdo de prestações sujeitas à conformação político-legislativa, especialmente quando se trata dos de cunho económico, social e cultural, não incluídos os direitos de liberdade e garantias dos trabalhadores (submetidos na maior parte ao um dever de abstenção), mas reconhece uma vinculação decorrente do dever de legislar por se tratar de “*normas impositivas de legislação*”, ou seja, reconhece o maior poder de conformação do legislador²⁷⁹.

De outro lado, numa linha de pensamento defensora dos direitos sociais vinculantes, Cristina Queiroz defende que os direitos sociais gozam de garantia constitucional, pois proclamam a cultura de todo um ordenamento jurídico, legitimando-a e definindo-a de acordo com um sistema de valores consagrados pelo constituinte, e como tais não podem ser interpretados como uma mera dimensão técnica de limitação do poder do Estado, pois não são um simples quadro normativo que o legislador se vê obrigado a não contrariar. Para a referida

²⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 234-235.

²⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de – Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. In **Anuário português de direito constitucional**. p. 122-127.

²⁷⁸ *Idem* – Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. In **Anuário português de direito constitucional**. p. 140.

²⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 357.

autora, os direitos sociais integram alicerce e fundamento de toda a atuação do Estado, consistindo num conjunto de valores interdependentes não apenas por normas que consagram direitos fundamentais, mas também sustentado em princípios fundamentais, a exemplo dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social²⁸⁰. Logo, a sociabilidade não deve ser vista apenas como limite, mas também como tarefa público-estatal por traduzir-se em concretos deveres de proteção a serem alcançados pelo Estado, juntamente com outras entidades público-estaduais²⁸¹. Essa posição não abre margem a raciocínio distinto que não pelo caráter vinculativo das normas consagradoras dos direitos sociais, embora a autora referenciada não negue que a exigência de agir “naturalmente implica que o legislador goze de uma margem estrutural para a escolha dos meios”²⁸².

Realizadores de valores democráticos, os “direitos sociais são, assim, muito mais do que apenas um programa não-vinculante. São uma condição necessária para a estabilidade da ordem democrática”, afinal, o poder econômico deve estar submetido a controle democrático, o que passa por uma intervenção realizadora de justiça social, combativa às resistências impostas pelo “capital”²⁸³.

Jorge Reis Novais é enfático ao discorrer que direitos fundamentais sociais não vinculativos ao legislador constitui um “*oxímoro*”, ou seja, palavra composta com conteúdos contraditórios, excludentes, já que direitos fundamentais são, para o autor, atrelados à atividade legiferante²⁸⁴.

A vinculação ao legislador é defendida a partir da concepção de que os direitos sociais possuem a capacidade de derrogar normas que lhe contrariem, dentro de uma lógica de que todas as normas constitucionais têm uma aplicabilidade mínima. Nessa perspectiva, a liberdade conformativa subsistirá, mas não pode ser negada pelo legislador ao estabelecer a política governamental. Afinal, a Constituição está acima das opções e ações governamentais²⁸⁵.

Conforme pensamento da autora já abordado em linhas atrás, uma boa parte das normas consagradoras de direitos sociais constituem normas programáticas, pelo que não seriam diretamente acionáveis, haja vista servirem apenas como norte interpretativo e, que, nesse

²⁸⁰ QUEIROZ, Cristina - **Direitos Fundamentais Sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 16.

²⁸¹ *Idem – Ibidem*.

²⁸² QUEIROZ, Cristina – **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. p. 31.

²⁸³ FISCHER-LESCANO, Andreas, MÖLLER, kolja – *Op. Cit.* p. 77

²⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 148.

²⁸⁵ BOTELHO, Catarina Santos - Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? In **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 270.

sentido, vinculam o legislador²⁸⁶. Noutras palavras, os direitos sociais implicam vinculação exegética que não pode ser ignorada quando se busca o significado da norma e a quem ela deve alcançar.

Tomás de La Quadra-Salcedo Fernández del Castilho, por sua vez, defende que, mesmo quando os direitos sociais são previstos em normas de caráter informador programático, o legislador efetivamente está vinculado à Constituição, e por isso deve “desenrolar” os direitos previstos na norma maior. O fato de o direito social previsto na Constituição não ser invocado diretamente perante o Poder Judiciário não retira do legislador o dever de regulamentá-lo. O autor obtempera que a concretização do comando constitucional caberá ao legislador regulamentar, o que não lhe dá o direito de não legislar. Afinal, a previsão de direitos sociais na Constituição vincula todas as esperas do Poder Público e alguma proteção há de ser implementada, sob pena de configurar omissão atentatória ao Estado social e democrático²⁸⁷.

O elemento vinculativo parece ser identificado no entendimento de grande parte dos doutrinadores, quando se está a analisar o dever de assegurar proteção social dentro de um quadro geral de direitos fundamentais previstos na norma fundamental. Porém, tal vinculação se submete a temperamentos quando se está a analisar os limites de atuação do legislador dentro de seu poder de conformação normativa das prestações materiais a serem realizadas pelo Estado.

Nessa perspectiva, Blanco de Moraes defende entendimento mais comedido ao lecionar que, por “serem normas-princípio ou normas-standard que apontam fins e consagram vínculos ao Estado para que este aja normativa e financeiramente na criação de condições para a fruição de direitos a prestações”, os direitos sociais conferem ao legislador uma ampla margem de escolha e atuação, pois, o Poder Legislativo é quem vai avaliar as condições possibilitadoras ou não do desfrute do direito, o que se dará por meio de escolher políticas. Ou seja, em que pese se tratar de direitos fundamentais, os direitos sociais estão necessariamente conectados com as leis que os concretizam²⁸⁸.

Bacelar Gouveia, ao admitir a existência de uma distinção de regimes dos direitos econômicos, sociais e culturais, em relação aos direitos de liberdade, e ao apontar o primeiro grupo como decorrente de normas de conteúdo programático, defende uma graduação de

²⁸⁶ *Idem* - Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? In Revista da Ordem dos Advogados. p. 273.

²⁸⁷ CASTILLO, Tomás de La Quadra Salcedo Fernández del – Derecho Público tras la crisis económica em el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general. In **XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional: Crisis y Constitución**. p. 90-93.

²⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de - De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”. p. 74.

vinculação do legislador. Nesse ponto, diz o autor que os direitos sociais, assim como os econômicos e culturais, possuem um menor grau de vinculação²⁸⁹. Com efeito, defende como legítimos os poderes infraconstitucionais que promovem intervenções reguladoras e até mesmo restritivas, notadamente em matéria de direitos sociais em que destaca a menor “*força diretiva*” de seus preceitos²⁹⁰.

Assim, a atuação legislativa é imprescindível para se determinar a dimensão e configuração de um direito social constitucionalmente estatuído, logo indispensável à sua concretização, haja vista que os direitos sociais não tem o seu conteúdo balizado por norma constitucional. Ou seja, segundo o autor, não é atributo da norma constitucional esmiuçar o conteúdo das prestações positivas a serem prestadas pelo Estado, tarefa que, para Afonso Vaz, cabe ao legislador ordinário²⁹¹.

Gomes Canotilho chegou a mencionar de um quase “*grau zero de garantia*”, exatamente em razão de a CRP conferir ao legislador ordinário um amplo poder de criar e traçar, em termos de realização do bem jurídico normativamente consagrado, o conteúdo dos direitos sociais, mormente em virtude do alto custo exigido por políticas públicas implementadoras²⁹². Tal compreensão decorreria de uma “*legitimação democrática imediata*” do legislador, por este não ser submetido a vinculações heterônomas, mas apenas a autolimitações²⁹³, já que a atividade legiferante representa um “*fluxo da soberania interna*” do Estado²⁹⁴.

Levando em conta o aspecto subjetivo da atividade legislativa, ou seja, a posição do legislador, Liebmann destaca, a partir de uma distinção entre discricionariedade legislativa e administrativa, que a função de livre conformação e ordenação do legislador constitui a essência da atividade legiferante, isso como componente elementar da própria ideia de Estado de Direito, pois alicerçada em “*legitimação democrática imediata*”, motivo pelo qual a liberdade de conformação do legislador encontraria apenas uma limitação no sentido de “vinculação negativa” por parte das normas constitucionais, mas não em imposição de concretização e execução²⁹⁵.

²⁸⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 957.

²⁹⁰ *Idem* – **Manual de direito constitucional**. Vol II. p. 958.

²⁹¹ VAZ, Manoel Afonso apud CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 481.

²⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 481.

²⁹³ *Idem* – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 238-239.

²⁹⁴ SCHEUNER apud CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 238-239.

²⁹⁵ LIEBMAN apud CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 238-239.

Quanto ao aspecto objetivo, no caso, a posição da própria norma em si, Leibmann entende que a liberdade de escolha do legislador encontraria ressonância na necessidade de constante adequação ao dinamismo das relações existenciais, razão pela qual, pensar nos direitos sociais como uma imposição normativo-constitucional paralisante, resultaria numa negação da própria realidade dinâmica dos fatos sociais que demandam uma constante função conformativa do legislador soberano²⁹⁶. Aliás, tanto essa questão da posição da norma, quanto a situação subjetiva da atividade do legislador, são elementos que vão ser importantes na compreensão do controle de evidência a ser tratado no último capítulo.

Assim sendo, os direitos sociais não consubstanciariam direitos fundamentais em si, mas “compromissos da comunidade política mediatizados pela maioria”²⁹⁷, submetidos à disposição do legislador realizador de planejamento governamental, como se o critério majoritário fosse legitimador absoluto das políticas sociais do governo.

Todavia, a ideia de ampla liberdade da atividade legislativa em matéria de direitos sociais encontra contraponto em alguns relevantes aspectos dogmáticos, pois o Estado que consagra valores de justiça social e prevê constitucionalmente direitos sociais, carrega em si o papel de atribuir ao legislador um poder-dever de proteção dos indivíduos, pelo que incorreto pensar numa plena liberdade de escolha a quem elabora as leis²⁹⁸.

Nessa linha de pensamento, enxergar o princípio da democracia social e econômica como um princípio jurídico fundamental limitador do legislador, revela-se mais consentâneo com a compreensão de Jorge Miranda de que no estágio atual do constitucionalismo há uma centralidade jurídico-positiva da Constituição, e não mais subsistindo uma centralidade jurídico-positiva da lei, mormente diante de uma pulverização do poder do Parlamento, quando constatada a crescente descentralização de poderes normativos, e, em especial no caso da Europa, com a “retração da lei perante o Direito internacional convencional e o Direito próprio das organizações internacionais”²⁹⁹.

Problema ocorre quando a avaliação do nível de vinculação legislativa a princípio de democracia social e econômica é levada à discussão em demanda judicial, quando então dois caminhos interpretativos podem ser tomados: o primeiro tendente a reconhecer a discricionariedade legislativa como margem legítima de opção em relação a qual não cabe

²⁹⁶ *Idem* – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 238-239.

²⁹⁷ COUTINHO, Luís Pereira – “Os direitos sociais e a crise: algumas notas. In *Direito & Política*, Vol. I. pags. 74 e segs.

²⁹⁸ QUEIROZ, Cristina – **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. p. 36-37.

²⁹⁹ MIRANDA, Jorge – **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 422-425.

interferência judicial, salvo nos casos de suprimento de omissão expressamente admitidos na Constituição, como no caso de ação de inconstitucionalidade por omissão, entendimento que interpreta, de forma mais restrita, a vinculação do legislador à Constituição, entendendo não reconhecível uma prestação exigível enquanto direito subjetivo passível de apreciação judicial; enquanto que um segundo caminho de interpretação, pautado também na vinculação do legislador, admite, diferentemente, que o julgador adentre na discricionariedade do legislador para reconhecer, como passível de apreciação judicial, o reconhecimento e imposição de prestações destinadas à materialização dos direitos fundamentais sociais³⁰⁰. Trata-se de delicado problema que revolve debate sobre separação e harmonia entre poderes.

De todo momo, cumpre apontar, seguindo lição de Canotilho, que o princípio da democracia econômica e social é efetivamente um princípio jurídico fundamental objetivo e não uma norma de prestação subjetiva, o que não confere, de plano, o direito de um sujeito requerer prestações sociais a partir de pretensões subjetivas. Todavia, em alguns casos, o princípio da democracia econômica e social há de ser reconhecido como elemento normativo imediatamente vinculante, inclusive nos casos em que particular se encontra em “necessidade justificadora de uma pretensão a partir de um princípio de defesa de condições mínimas inerente à dignidade humana”³⁰¹. Essa ideia é baseada no que o mesmo autor português chamou de “inconstitucionalidade da lei por violação do princípio da socialidade”, o que pode ocorrer também quando o legislador infraconstitucional realizar uma intervenção restritiva em matéria de legislação social³⁰².

Como destacado por Canotilho, o Tribunal Constitucional português, por ocasião do Ac. n.º 39/84, reconheceu a potencialidade dos direitos sociais como direitos constitucionais subjetivos, a partir do entendimento de que as normas constitucionais que consagram direitos sociais possuem vinculação normativo-constitucional, e até em razão disso servem de parâmetro de controle judicial quando em questão a inconstitucionalidade de atos legislativos restritivos de direitos. Ou seja, embora se reconheça largueza de conformação legislativa em na regulamentação dos direitos sociais, tal aspecto não deve ser entendido como profusa liberdade, porquanto as medidas legislativas são sindicáveis a partir de normas fundamentais limitadoras³⁰³. Problema é que o julgamento em destaque se deu em período bem anterior ao cenário de crise econômica enfrentado por Portugal nos últimos anos, e que, como será vista

³⁰⁰ ALMEIDA, Luiz Eduardo de – *Op. Cit.* p. 157-165.

³⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 343.

³⁰² *Idem* – *Ibidem*.

³⁰³ *Idem* - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 480-482.

adiante, passou por novos enfrentamentos no Tribunal Constitucional após a aprovação de políticas governamentais de austeridade fiscal.

De todo o exposto, não obstante haja controvérsia sobre o grau de vinculação do legislador aos direitos fundamentais sociais, há padrões mínimos de vida que devem ser assegurados para se evitar vilipêndio à dignidade humana³⁰⁴. É o que se virá no item a seguir com relação ao denominado “mínimo social” ou “mínimo existencial”.

2.4 Da “Reserva Do Possível” e “Mínimo Social”

Tratar dos direitos sociais na contemporaneidade e do enfrentamento que o Poder Judiciário vem tendo com relação aos limites de atuação do legislador ordinário em matéria de restrição de tais direitos, requer uma abordagem de dois aspectos que remontam à compreensão das condições de implementação de direitos sociais pelo Estado social, mais precisamente da dificuldade que essa realidade pode apresentar. Os elementos a serem abordados são a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

Nem se cogite pensar que a dificuldade abordada a seguir seja uma exclusividade de Portugal ou peculiar a um grupo reduzido de Estados soberanos, pois é notória e geral a existência de entraves que a efetividade de direitos sociais apresenta no constitucionalismo contemporâneo, realidade essa acirrada em cenário de austeridade financeira.

2.4.1 Significado dos termos.

A realização dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos sociais, remete a um necessário dimensionamento dos custos públicos, dentro de um quadro normalmente marcado pela inexistência de suporte financeiro suficiente para atender todas as necessidades sociais. O Poder Público se vê num dilema de ter que implementar escolhas drásticas de destinação de recursos públicos, em que as prestações materiais são invariavelmente mais destinadas a um grupo de pessoas de que a outros, isso em meio à realização de direitos sociais presentes em normas de conteúdo programático, cujos critérios distributivos não gozam de precisão na ordem

³⁰⁴ ALMEIDA, Luiz Eduardo de – *Op. Cit.* p. 158.

jurídica e muitas vezes acabam por desencadear demandas judiciais por parte de quem se sente prejudicado³⁰⁵.

A “reserva do possível”, ou “reservado do financeiramente possível”, surgiu a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que se discutiu, em demanda judicial, pretensão de garantia de acesso à vaga em Universidades. Nessa decisão, ficou explicitado que “as pretensões destinadas a criar pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais”³⁰⁶. Vale lembrar que, no caso em referência que ficou conhecido como “*Numerus Clausus* das Vagas em Universidades”, várias universidades alemãs estabeleceram limitações de vagas de admissão em curso de medicina, sendo que, alunos inconformados, por não ingressarem na faculdade, propuseram ação judicial alegando violação ao direito social à educação e de escolha de profissão³⁰⁷.

O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que as prestações positivas do Estado, identificadas nos direitos sociais, estão sujeitas à reserva do possível no sentido de que o indivíduo, a partir de um critério de racionalidade, pode esperar da sociedade. O referido tribunal alemão recusou o entendimento acerca da obrigatoriedade de o Estado criar quantitativo suficiente de vagas em instituições de ensino superior com o objetivo de atender todos os candidatos³⁰⁸, embora tenha reconhecido como dever a demonstração, por parte do Poder Público, de que o número de vagas disponíveis equivalia ao máximo possível das disponibilidades financeiras³⁰⁹.

³⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 642-643.

³⁰⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 642-643.

³⁰⁷ LANGFORD, Malcom e NOLAN, Aoife apud MARMELSTEIN, George – *Op. Cit.* p. 329.

³⁰⁸ COSTA, Ana Paula Mota; SILVA, Jaqueline Mielke – O princípio da reserva do possível, o financiamento de políticas públicas e o papel do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais mínimos, a partir de um modelo substancialista. **Direitos Fundamentais & Justiça**. p. 158.

³⁰⁹ Segue a transcrição de trecho do julgado do Tribunal Constitucional Federal, da Alemanha: “Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também outros interesses da coletividade, considerando que, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento da justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio de orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades]. Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada” (SCHWAB, Jürgen – **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 276).

Nessa linha de ideia, a “reserva do possível” passa necessariamente pela compreensão encampada pelo pensamento de José Casalta Nabais, segundo o qual a melhor forma de enxergar os direitos fundamentais é como “liberdades privadas com custos públicos”³¹⁰, já que tais direitos são concretizados mediante gastos de dinheiros públicos com repercussão na esfera de cada um de seus titulares. São categorias de direitos nas quais os pressupostos fático-materiais constituem elementos imprescindíveis ao gozo e exercício pleno³¹¹. Afinal, o econômico e financeiramente possível é que conferirá base para a modelação política e jurídica num Estado social³¹².

Há forte inclinação doutrinária voltada a reduzir os direitos sociais a uma “*garantia constitucional platónica*”, pois diferentemente dos direitos de liberdade, os direitos sociais pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, logo submetido à “reserva do possível”³¹³. Assim, o caráter gradual é peculiaridade dos direitos sociais, haja vista a dependência financeira alusiva à disponibilidade orçamentária, a tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às escolhas das políticas públicas e pela “*insusceptibilidade de controle jurisdicional dos programas*”, aspectos dos quais se extrai que a eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais possuem a reserva do possível como elemento condicionante³¹⁴.

Para Peter Häbele, os direitos econômicos, sociais e culturais estão condicionados à capacidade financeira do Estado, no que denominou de “*reserva das caixas financeiras*”³¹⁵.

No mesmo sentido Blanco de Moraes ao tratar dos direitos sociais pelos já citados termos “*normas-princípio ou normas-standard*”, quando expressamente menciona que a realização material das prestações está condicionada à “*reserva do financeiramente possível*”³¹⁶. Assim, por estarem consagrados em normas programáticas, os direitos sociais estão atrelados a variáveis econômicas e políticas, ou seja, estão condicionadas ao que se denomina de *financeiramente possível e politicamente oportuno*, razão pela qual toda criação de direito social que extrapole o limite de financiamento do Estado é inconstitucional, porém com a crítica

³¹⁰ NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos e Deveres e os Custos dos Direitos. In **Revista de Direito Público da Economia**. p. 153-181.

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 631.

³¹² NABAIS, José Casalta. Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 109.

³¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 480-481.

³¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gome – **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. p. 107.

³¹⁵ HÄBELE, Peter apud CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 382.

³¹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. p. 74.

de que até hoje não se conseguiu estabelecer, em balizas objetivas, um controle das condições orçamentais do Estado³¹⁷.

Luís Pereira Coutinho trata dos direitos sociais como “*compromissos normativos da comunidade*”, expressão centrada na sustentabilidade financeira prevista no artigo 81.º, alínea a da CRP como incumbência prioritária do Estado português, em que os encargos sociais são arcados pelos impostos pagos pelos membros da comunidade e a garantia de concretização de direitos a gerações futuras se dá por meio do que se projeta arrecadar no futuro³¹⁸. É o que Marco Caldeira denomina de “*sustentabilidade financeira do Estado*” e “*solidariedade intergeracional*”³¹⁹. Aliás, por essa razão que Filipa Lemos Caldas aduz que o limite constitucional ao déficit público serve de instrumento normativo e implementador da reserva do possível, como condição de preservação do próprio Estado social³²⁰.

Malgrado não esteja expressamente previsto na CRP, o princípio da sustentabilidade constitui verdadeiro princípio jurídico, pois se assim não for entendido esvazia-se a ideia Estado Social e Democrático de Direito³²¹.

Sobre o que denomina de “princípio da reserva do possível”, Ricardo Lobo Torres ensina que as prestações positivas sempre demandam dispêndio de recursos públicos, e por isso carecem de status constitucional, porquanto a Constituição não se imiscui com problemas econômicos conjunturais por se tratar de assuntos afetos à legislação ordinária³²².

A reserva do possível está impregnada da ideia do que razoavelmente pode o indivíduo exigir da sociedade, sem que haja a prevalência de interesses individuais sobre o interesse de toda a coletividade³²³.

Ou seja, a satisfação de interesses individuais, em meio às políticas públicas voltadas a prestações materiais relativas aos direitos sociais, há de atentar para o interesse da coletividade presente na suficiência de recursos em meio a gestão orçamentária por parte de agentes políticos.

Para João César Neves, a “reserva do possível” não é ameaça, mas sim alicerce do Estado social, pois a ausência de suporte financeiro leva ao “enfraquecimento”, “estagnação”

³¹⁷ CALDAS, Filipa Lemos. Será a imposição de limites ao Déficit Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 99-101.

³¹⁸ COUTINHO, Luís Peirera – *Op. Cit.* p. 74 e ss.

³¹⁹ CALDEIRA, Marco. Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 44.

³²⁰ CALDAS, Filipa Lemos – *Op. Cit.* P. 99-101.

³²¹ AMARO, António Leite. “O princípio constitucional da sustentabilidade. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. p. 428-430.

³²² TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: **Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”**. p. 74.

³²³ SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.* p. 584.

ou “falecimento” do Estado social frente ao cumprimento dos objetivos traçados pela Constituição³²⁴. Para o autor, o Estado social pressupõe saúde financeira, sem parasitismos ou ilusões, impondo-se uma política de controle de gastos que não deve ser vista como “gastar muito” ou “gastar pouco”, mas como um controle do que se pode pagar em matéria de proteção social³²⁵.

Aliás, Stephen Holmes e Cass Sustein, na clássica obra denominada “O custo dos direitos”, apontam que todos os direitos possuem custos, inclusive os de liberdade, pelo que demandam uma aplicação racional e equânime de recursos orçamentários obtidos preponderantemente por meio de tributação, o que, para além de colocar em cheque a dicotômica divisão dos direitos em prestações positivas e negativas, traz em si uma concepção impregnada de que o financiamento do direito fundamental é uma medida que envolve responsabilidade fiscal e valores democráticos, relacionados à observâncias de normas constitucionais que dispõem sobre atividade financeira do Estado³²⁶.

A reserva do possível pode ser abordada como “condições fáticas e jurídicas presentes” que limitam o atendimento a demandas de direitos sociais³²⁷. Já Daniel Sarmento, distinguindo condições fáticas de jurídicas, discorre que condições fáticas relacionar-se-iam com a falta de recursos em si para o Estado fazer frente a uma prestação positiva, enquanto condições jurídicas envolveriam a falta de autorização legislativa para a realização da despesa³²⁸.

Assim, o termo “reserva do possível” alude a fenômeno econômico concernente à limitação de recursos frente a inúmeras necessidades a serem atendidas por meio da concretização de direitos sociais, bem como à falta de autorização legislativa para a realização de uma despesa, o que, quando levado à apreciação do Poder Judiciário, suscita discussões quanto aos limites de interferência do Poder Judiciário na esfera de escolhas inerentes à conformação do legislador, especialmente em situação de difícil solução que exige uma análise mais profunda do alcance e extensão de proteção do direito social.

³²⁴ NEVES, João Cesar das – Será a imposição de limites ao Déficit Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? **Direito & Política: Law & Politics**. p. 102-103

³²⁵ *Idem* – *Ibidem*.

³²⁶ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass - *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. p. 221.

³²⁷ SILVA, Virgílio Afonso apud SARMENTO, Daniel – A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. p. 569.

³²⁸ SARMENTO, Daniel – A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. p. 569.

Bacelar Gouveia transparece admitir a condicionante da cláusula da reserva do possível ao discorrer que a força jurídica dos direitos sociais é dependente de condições fáticas propiciadas pela realidade constitucional³²⁹.

Jorge Reis Novais, do mesmo modo, acolhe a compreensão de que os direitos sociais estão sujeitos a uma reserva do possível, já que a realização deles normalmente submete-se à condição de existência de disponibilidade financeira, pelo que o Estado somente está juridicamente obrigado a fazer aquilo que suas disponibilidades financeiras comportarem. Entretanto, a reserva do possível não converte os direitos sociais em direitos não resistentes às leis, sobretudo no estágio em que já alcançado um determinado grau de concretude de um direito social, em conformidade com a própria lei³³⁰.

A questão não é de simples análise, pois “o Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição”, tratando-se de necessária observância decorrente do princípio isonômico³³¹.

Todos os elementos conceituais da denominada “reserva do possível”, aqui trazidos, podem ser apontados como elemento retórico destinado a justificar óbice material a prestações positivas a serem asseguradas pelo Poder Judiciário, já que é comum a reserva do possível ser invocada como argumento de defesa em causas judiciais, quando o Estado se vê demandado em litígios pelos quais o demandante busca provimento jurisdicional destinado a assegurar prestações sociais, mormente em tempos de crise econômica.

Contudo, a simples invocação de insuficiência de verbas orçamentárias para a implementação de políticas públicas, não pode ser aceita como um motivo retórico legitimador de não realização material e jurídica dos direitos sociais. Isto porque, a “reserva do possível não pode ser uma cláusula restritiva de direitos *prima facie*. Não deve importar na absoluta ineficácia ou na não aplicabilidade de um direito fundamental”³³².

António Manoel Hespanha³³³ critica a teoria da reserva do possível, a partir de dois pontos. Primeiro quando diz que, se a reserva do possível representa pressuposto fático da realização do direito enquanto realidade objetiva e que fala por si, então representa falácia a tentativa de controlar a realidade dos fatos. Ou seja, as limitações fáticas não falam por si, mas sim são o que o homem quiser, o que o legislador quiser, portanto, são “leituras” e não

³²⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. Vol II. – fls. 857-861

³³⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 149.

³³¹ SARMENTO, Daniel – A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. p. 569.

³³² CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 383.

³³³ HESPANHA, António Manoel – A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. In **Revista do Ministério Público**. p. 21.

realidades que se impõe ao homem. Outrossim, num segundo ponto, discorre haver erro metodológico em tentar identificar a reserva do possível como uma realidade objetiva da qual emana norma, pois não se pode confundir, na visão do autor, o “ser” que é realidade fática, com o “dever ser” que é a norma, isto é, “do ser não se pode inferir o dever ser”.

Assim, inegável que a alegação da reserva do financeiramente possível inevitavelmente induzirá a uma análise judicial do caso concreto à luz de um devido processo legal substancial, no qual exercer-se-á juízo de ponderação entre direitos fundamentais em colisão, já que a limitação de recursos implicação da prevalência de um bem jurídico sobre outro³³⁴. Esse ponto, aliás, será melhor abordado no último capítulo.

Neste momento, cumpre destacar ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a reserva do possível é um limite jurídico-fático dos direitos fundamentais, mas que ao mesmo tempo consiste em garantia de máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais, porquanto, na hipótese de colisão de direitos, deve-se atender ao chamado mínimo social ou “*mínimo existencial*”³³⁵.

A garantia do *mínimo existencial*, é sustentada pela ideia de que os direitos fundamentais sociais são unificados pela “*dignidade humana*”, o que pode ser extraído do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³³⁶.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, no seu artigo 11, primeira parte, estabelece balizas de definição do mínimo existencial, ao prever que os “Estados-membros do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio

³³⁴ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 383.

³³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang – Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In **Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. p. 238. Nesse aspecto, vale destacar que Jorge Reis Novais faz distinção entre *mínimo social* e *mínimo existencial*, quando assim discorre: “É óbvio que perante uma delimitação do mínimo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, mas acolhendo neste princípio uma dimensão de abertura à evolução das concepções sociais e da ideia de justiça que conduz a uma dedução contextualizada e evolutiva das suas exigências jurídicas, não podendo ter a pretensão de distinguir mecanicamente o mínimo existencial que resulta de uma exigência absoluta de dignidade da pessoa humana, e que, lodo, está imune a considerações de separação de poderes, e o mínimo social que os Estados vão sucessiva e progressivamente garantindo mais ambiciosamente, mas já dependendo das concepções e programas políticos que coexistem no espaço democrático aberto de um Estado de Direito” (NOVAIS, Jorge Reis - **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. p. 395).

³³⁶ ALMEIDA, Luiz Eduardo de – *Op. Cit.* p. 157-158. O autor, aliás, faz a transcrição do Art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que dispõe: “1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e/ ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”.

e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradias adequadas, assim como a uma melhora contínua de suas condições de vida”³³⁷.

Mas as normas internacionais em destaque e a própria CRP não fornecem elementos normativos objetivos suficientes a esclarecer o conteúdo do mínimo existencial, razão porque, segundo Eduardo Cambi, tal situação demanda recurso à hermenêutica jurídica, pelo que o “mínimo existencial deve ser buscado no núcleo dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade”, tratando-se de “condições existenciais mínimas necessárias para sua realização”³³⁸.

Gomes Canotilho lecionou existir um “núcleo básico de direitos sociais” que não pode ser desatendido pelo Estado português, haja vista se tratar de pilar normativo estruturante e pressuposto para exercício de outros direitos fundamentais. O autor aponta tal agrupamento de direito como elementar, do qual fazem parte o direito a rendimento mínimo, prestações de assistência social básica e subsídio ao desemprego³³⁹.

Mínimo essencial constitui vetor material de interpretação com uma inegável relação de lógica com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que pode ser observado em típicos direitos sociais como educação e saúde, que não podem ser desprezados pelo Poder Público, inclusive pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica³⁴⁰. Afinal, a concessão de prestações positivas por parte de quem julga conflitos de interesses passa por um necessário juízo de ponderação a partir de uma análise cuidadosa da “razoabilidade da universalização da prestação exigida”³⁴¹, tendo em vista que a concessão de prestações materiais em casos concretos causa impacto às prestações consideradas no seu conjunto, destinadas a toda a coletividade, situação envolvente de conflito entre indivíduo e sociedade civil, ou mesmo entre segmentos distintos da mesma sociedade civil³⁴².

José Carlos Vieira de Andrade defende a observância do mínimo existencial ou mínimo social a partir de uma análise do princípio da solidariedade, decorrente de um Estado social igualitarista, não com base na ideia de que o Estado deva assegurar direitos sociais a todos, mas assegurar direitos a todos aqueles que careçam de proteção, “incluindo a possibilidade de graduação e diferenciação de condições de prestação”, com atenção à escassez de recursos

³³⁷ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 392-393.

³³⁸ *Idem* – *Op. Cit.* p. 392-393.

³³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 518.

³⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 643.

³⁴¹ SARMENTO, Daniel – *Op. Cit.* p. 574-578.

³⁴² BRANDÃO, Paulo de Tarso – Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. *In Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. p. 305.

públicos³⁴³. Com efeito, o mesmo autor adverte que o fato de os direitos fundamentais sociais integrarem normas programáticas, não se deve entendê-los como normas meramente proclamatórias, pois impõe o dever de legislar como já dito em capítulo anterior, e devem fornecer elementos normativos que ditem o mínimo essencial³⁴⁴.

Para Afonso Virgílio da Silva, o mínimo existencial é um conteúdo material elementar, em termos de prestações materiais, garantido pelos direitos sociais, que são passíveis de controle judicial e que não devem ser confundidos com a totalidade dos direitos sociais³⁴⁵. Para o autor, há direitos sociais sujeitos a escolhas políticas que posteriormente não estão suscetíveis de interferência do Poder Judiciário, enquanto que outros, por serem essenciais à garantia da dignidade humana, estão infensos à interferência judicial³⁴⁶.

O mínimo essencial está identificado com o “conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, sendo que tal conteúdo abarcaria os direitos à “alimentação, saúde e educação”, sem os quais o homem não sobrevive, na visão de Ricardo Lobo Torres³⁴⁷. Problema é que a escassez de recursos muitas vezes é tamanha que coloca em tensão os próprios direitos essenciais enumerados pelo autor.

Nesse caso, caberia, então, ao Tribunal Constitucional, na condição de guardião maior da Constituição, precisar hermeneuticamente quais são os direitos sociais que compõem o universo menor do mínimo existencial ou mínimo social?

Para Jorge Reis Novais inquestionavelmente a resposta é afirmativa, considerando o regime democrático num Estado de Direito, como o vigente em Portugal, não obstante estar-se diante de uma solução contramajoritária partida da deliberação de um órgão de cúpula não escrutinado democraticamente, ou mais precisamente não escrutinado diretamente pelo povo, até porque, para além da composição do Tribunal Constitucional observar normas da própria CRP e a tal escolha passar pelo crivo da Assembleia da República, a vontade da Constituição externada pela interpretação dada pela jurisdição constitucional é que deve prevalecer ao final³⁴⁸.

De todo modo, a consagração de direitos sociais não deve conduzir a uma concepção utópica de que o Estado tem o poder de ordenar como bem entende o objeto das prestações sociais, seja por medida legislativa, seja por decisão judicial, a exemplo do que ocorre com a

³⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de – Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. In **Anuário português de direito constitucional**. p. 139.

³⁴⁴ *Idem* – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 359.

³⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da – *Op. Cit.* p. 204-205.

³⁴⁶ *Idem* – *Ibidem*.

³⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo apud SILVA, José Afonso da – *Op. Cit.* p. 588-589.

³⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 20-32.

garantia de posto de trabalho, pois em país capitalista, como é o caso de Portugal, o Estado não monopoliza essa decisão, pelo que as condições econômicas e de disponibilidade de recursos serão condicionantes indispensáveis à realização de direitos sociais³⁴⁹.

2.4.2 O dilema em tempos de crise

A feição intervencionista social do *Welfare state* busca promover a proteção do indivíduo contra dependências ou infortúnios de pequena e longa duração, pelo que, para Norberto Bobbio, o Estado garante prestações, como saúde e educação, não como caridade, mas como um direito político³⁵⁰. Tal modelo, aglutinado pela CRP, não está imune a crises, situação que conduz o debate político-jurídico a uma redução do Estado garantidor de direitos sociais, o que é impulsionado por políticas neoliberais voltadas à redução de despesas públicas, com repercussão na área de promoção de direitos sociais³⁵¹.

Para Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, a crise financeira parece estar por trás, se não de todas, mas certamente da maior parte das discussões sobre o redimensionamento do Estado Social³⁵². Essa constatação não poderia ser diversa, pois o sentido e alcance dos direitos sociais são recolocados em debate quando se está diante de conjuntura econômica adversa, o que leva inevitavelmente a uma reanálise da reserva do possível num cenário de queda de arrecadação de receitas públicas pelo Estado que tem também por finalidade a promoção do bem-estar social. Isto porque, as receitas públicas é que preponderantemente possibilitam a concretização de direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas de alcance coletivo ou individual, ou mesmo para realização de despesas correntes, receitas tais reduzidas num cenário de austeridade fiscal. As obtenções de receitas e realizações de despesas é que dão suporte fático à realização dos direitos sociais, pelo que integram a atividade financeira do Estado, em consonância com o planejamento orçamentário³⁵³.

O termo “crise”, ora empregado, deve estar associado à palavra “austeridade fiscal”, esta comumente utilizada pelos economistas para designar “rigor técnico no controle dos gastos públicos”, ou seja, programa de governo consistente num conjunto de medidas que intenciona

³⁴⁹ BOTELHO, Catarina Santos - **Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?** p. 274-275.

³⁵⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco – **Dicionário de Política**. p. 416.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de – **Ciência política e teoria do Estado**. p. 150-153.

³⁵² *Idem – Ibidem*.

³⁵³ TORRES, Ricardo Lobo – **Curso de direito financeiro e tributário**. p. 3.

eliminar ou reduzir o *déficit* público, num cenário de atividade financeira estatal em que as despesas públicas superam as receitas públicas³⁵⁴.

Como bem leciona Catarina Santos Botelho,

De facto, a efetividade dos direitos sociais é condicionada pelas limitações da disponibilidade financeira do Estado e das demais entidades públicas. Este condicionamento deriva da necessidade de equilibrar o grau de satisfação de alguns direitos com os recursos disponíveis. Nestes termos, a doutrina tende a salientar a “escassez” do objeto da prestação, que se agudiza numa situação de crise financeira interna e/ou internacional, e que acaba por funcionar como um “limite fático” à implementação dos direitos sociais³⁵⁵.

Ou seja, a crise financeira impõe uma limitação fática à realização dos direitos sociais, mas que pode ser projetada para uma limitação jurídica quando, preferencialmente por norma constitucional, também denominada “regra de ouro”, há imposição de limites ao *défice* público³⁵⁶. É a distinção entre limites implícitos e explícitos ao *défice* e à dívida pública defendida por José Renato Gonçalves, quando sustenta que as limitações implícitas são as substanciais e sempre se fazem presentes diante da própria identificação dos níveis de dívida e de capacidade de endividamento do Estado, enquanto que os limites explícitos são os dispostos em lei, em cumprimento ou não a acordos internacionais ou de outras modalidades de convenções³⁵⁷. Para o autor, importante frisar, os limites decisivos são os implícitos, porque eles é que vão restringir, de fato, a concretização dos direitos fundamentais sociais, e que por isso poderão demandar uma maior flexibilização dos limites explícitos, ainda que em normas de estatura constitucional³⁵⁸.

Paulo Ferreira da Cunha, em contraposição, compreende que impor limites orçamentários por meio de regras, em especial constitucionais, contraria a natureza do que seja norma materialmente constitucional, porquanto é tentar tornar político algo que é propriamente técnico, mais precisamente, contabilístico³⁵⁹.

³⁵⁴ CARNEIRO, Claudio – **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal**. p. 42.

³⁵⁵ BOTELHO, Catarina Santos - Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? In **Revista da Ordem dos Advogados**. pp. 274-275.

³⁵⁶ CALDAS, Filipa Lemos. *Op. Cit.* 99-101.

³⁵⁷ GONÇALVES, José Renato. Será a imposição de limites ao *Défice* Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 113-114.

³⁵⁸ *Idem - Ibidem*.

³⁵⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 121-123.

De qualquer maneira, seja por limitação explícita ou não, inegavelmente um contexto de crise econômica induz a um acirramento do princípio da reserva do possível, o que no caso português foi explicitado por meio de programa de austeridade fiscal, cuja formulação foi fruto de debate para além em das fronteiras nacionais, por meio da aprovação da *Troika*³⁶⁰ já no século XXI, embora Portugal e os demais países da zona do euro tenham se alinhado a uma política comunitária de limitações de défices orçamentais e da dívida pública desde 1992, com a assinatura do Tratado de Maastricht³⁶¹, instrumento normativo esse confirmado pelo Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária, firmado em 2 de Março de 2012³⁶².

Aliás, segundo sustenta Luís Pereira Coutinho, os tratados acima referidos retratam nitidamente que Portugal se insere numa espécie de “*soberania partilhada*”, pois países da União Europeia conjuntamente buscam evitar a não externalização de efeitos deletérios de instabilidade financeira nacional para além das fronteiras dos Estados soberanos³⁶³. Assim, o mesmo autor entende tratar-se de uma espécie de relativização de soberania mediante um compartilhamento de coordenação financeira, por meio da qual se busca combinar políticas monetárias nacionais e comunitária, em meio ao que denomina de “*nacionalismo recíproco*”, em prol da estabilidade da União económica e monetária³⁶⁴.

Já Paulo Otero, em tom crítico, entende que o “Memorando de Entendimento” firmado por ocasião do Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária representou uma negação à soberania do Estado português, porquanto transpareceu ser Portugal um “*protetorado*” da Troika, na medida em que obrigado a acatar aos ditames de austeridade³⁶⁵.

³⁶⁰ “*Troika* é uma palavra de origem russa que no caso em tela, é formada por três elementos: a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Foi a Troika que avaliou as contas reais de Portugal para definir as necessidades de financiamento do país. Trata-se da equipe que negociou e avaliou o programa de resgate financeiro a Portugal era composto por Jürgen kröger (Comissão Europeia), Poul Thomsen (Fundo Monetário Internacional) e Rasmus Ruffer (Banco Central Europeu). Dessa forma, a *Troika* foi responsável por negociar as condições do resgate financeiro na Grécia, no Chipre, na Irlanda e em Portugal, assim como avaliar o seu cumprimento” (CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 42).

³⁶¹ NEVES, João Cesar das. Será a imposição de limites ao Déficit Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 102-103.

³⁶² CALDEIRA, Marco. Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 40-41.

³⁶³ COUTINHO, Luis Pereira. Será a imposição de limites ao Déficit Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. p. 115-117.

³⁶⁴ *Idem* – *Ibidem*.

³⁶⁵ OTERO, Paulo apud CALDEIRA, Marco. *Op. Cit.* p. 43.

De todo modo, como leciona Lenio Streck, crise financeira encontra meio de solução centrado basicamente em dois conjuntos de medidas: “*aumento na carga fiscal*” e “*redução de custos via diminuição da ação estatal*”³⁶⁶.

Em Portugal, as soluções encontradas também seguiram, em alguns pontos, a direção acima apontada, inclusive por meio de alterações à Lei de Enquadramento Orçamental³⁶⁷. É que, nos últimos anos, mesmo antes de 2013, o país adotou uma série de medidas de austeridade, que impactaram o orçamento público, medidas tais que incluíram: aumento da carga tributária; alargamento da contribuição de pensionista (denominada Contribuição Extraordinária de Solidariedade – CES)³⁶⁸; alterações na legislação trabalhistas (com corte de feriados e facilitação de despedimento); restrição a concessões de créditos a famílias e empresas; cortes em apoios sociais (a exemplo da redução de valores e de período de atribuição do subsídio de desemprego, com redução de destinatários também, além de incidência de contribuição sobre tais valores); e cortes na função pública, como cortes salariais e programas de rescisões amigáveis³⁶⁹, portanto, com interferência no nível de proteção dos direitos sociais.

Questão que passou a integrar o debate jurídico-constitucional em Portugal, passível de exportação para além dos limites territoriais da União Europeia, é se essa austeridade traz em si um legítimo redimensionamento dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, impende questionar-se se um contexto de crise econômica impunha uma nova leitura dos direitos fundamentais sociais a partir de um recrudescimento da reserva do possível.

O pressuposto fático, assim, seria pensar ser possível se chegar a um nível de gravidade no qual os recursos públicos são tão escassos, que se chega ao patamar de comprometimento do financiamento do núcleo ou mínimo essencial, situação que estaria a autorizar, em tese, uma suspensão temporária³⁷⁰.

Para Gabriel Prado Leal, um cenário de grave crise econômica demandaria instrumento jurídico controlador a altura, pelo que propunha uma solução por meio de constitucionalização da exceção econômica, isto é, previsão na norma fundamental da possibilidade de instauração de um estado de sítio econômico, em que por meio de alteração do texto formal da constituição

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de – *Op. Cit.* p. 151.

³⁶⁷ CALDEIRA, Marco. *Op. Cit.* p. 42.

³⁶⁸ “Em 2011, foi introduzida a Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) nas pensões acima dos cinco mil euros por mês. Anteriormente, a taxa era de 10% e apenas indicia no valor que ultrapassa os cinco mil euros. Contudo, no ano de 2013, o universo de pensionistas afetados pela referida contribuição aumentou consideravelmente, pois a taxa passou a ser aplicada a todas as reformas de valor superior a 1.350 euros. Em 2014 o universo de pensionistas afetados pela CES aumentou ainda mais, uma vez que o patamar mínimo a partir do qual esta taxa passou a ser aplicada foi os 1.000 euros (CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 44).

³⁶⁹ CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 42-47.

³⁷⁰ CALDAS, Filipa Lemos - *Op. Cit.* 99-101.

se admite uma redução de direitos fundamentais³⁷¹, o que consequentemente abrangeria os direitos fundamentais sociais. Para o autor, a consagração desse mecanismo constitucional tornaria claros os parâmetros e padrões das medidas de austeridades a serem adotadas na legislação ordinária, reduziriam as declarações de inconstitucionalidade e aumentaria a adaptabilidade do texto às condições econômicas e financeiras circunstanciais³⁷².

O mesmo entendimento foi defendido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem, diante de uma Constituição formal e rígida, imperiosa a aprovação de uma alteração do texto formal, com a inclusão de um instituto intitulado “*estado de sítio econômico*”, com finalidade de reger por norma constitucional hipóteses de emergências econômicas instauradores de regime excepcional de proteção reduzida de direitos fundamentais³⁷³. Embora tenha defendido a tese à luz da Constituição Federal brasileira de 1988, o raciocínio é transmutável para Portugal diante da CRP ter a rigidez como uma de suas características.

Tratar-se-ia de vigência de uma espécie de “*estado de necessidade constitucional*” ou “*estado de exceção*” no plano econômico-financeiro, porém, diferentemente, não o concebeu por meio de uma alteração formal da Constituição com criação de modalidade específica de legalidade extraordinária em cenário de crise econômica, mas, sim, compreende-o como hipótese de aplicação análoga dos estados de sítio e de emergência já consagrados na CRP, com supressão temporária dos direitos, sobretudo os sociais normalmente de maior impacto econômico, isso como uma consequência decorrente de uma conjuntura de crise reconhecida por atos jurídicos-políticos propostos pelo Governo ou mediante ato do Parlamento.

Tratou-se, contudo, de um entendimento que, segundo esclarece Jorge Reis Novais, hoje é praticamente superado, haja vista os riscos de uma admissão de estado de necessidade, de características transitória e excepcional, transmutar-se para inadmissível situação de normalidade em razão de prolongamento de crise econômica, até mesmo considerando que situações de dificuldade financeira de um Estado demora anos para ser revertida³⁷⁴. Para o mesmo autor, direitos fundamentais não devem ficar subordinados a decisões políticas de salvaguarda pública, ainda que tomada em sede legal pelo Parlamento³⁷⁵. Afinal, a CRP não

³⁷¹ LEAL, Gabriel Prado. Exceção económica e governo de crise nas democracias. In NABAIS, Casalta (Org.). **Sustentabilidade ambiental em tempo de crise**. p. 93-128.

³⁷² *Idem - Ibidem*.

³⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. In **Revista de Direito Administrativo**. p. 21-37.

³⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 40-41.

³⁷⁵ *Idem – Ibidem*.

prevê direito constitucional de crise que possa dar sustentação jurídica a uma jurisprudência de crise, tampouco prevê estado de crise ou de emergência econômico-financeira³⁷⁶.

Aliás, pensar dessa forma diversa é perigoso para o próprio Estado democrático, pois implica em confiar totalmente a gestão dos conflitos econômicos-sociais aos agentes políticos³⁷⁷, correndo-se o risco de que o “famigerado <<governo dos homens>> passe a superar o <<governo das leis>>, fruto de longa e difícil conquista histórica dos povos democráticos”³⁷⁸.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional não tem direcionado seus julgados para uma compreensão de vigência obtemperada da CRP, ou como preferiu expressar Jorge Reis Novais, para um <<enfraquecimento ou suspensão parcial de vigência da Constituição>> numa espécie de direito especial em virtude de cenário de austeridade. Na verdade, o referido órgão constitucional vem rumando suas decisões no sentido de aplicar e interpretar a Constituição atento à situação de emergência financeira ou circunstancialismos da crise. Ou seja, o Tribunal Constitucional português, como órgão responsável para interpretação última da norma fundamental, o faz vigilante à realidade de austeridade econômica percebida na realidade social³⁷⁹.

Cumpre ressaltar, que a sobredita LOE para 2012 (Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro) estabeleceu medida de “suspensão de pagamento” de gratificação de natal e de férias, com extensão para aposentados, inclusive do setor privado, quando o subsídio superasse 600 euros, o que remeteu à redução de direito consagrado como econômico, social e cultural na CRP, sob a justificativa de atendimento a Programa de Assistência Econômico e Financeira (PAEF), além de reduções salariais para funcionários públicos, que pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, situava-se entre 3,5% e 10%, passaria com a nova Lei 64-B/2011, de Dezembro, para 14,3% do rendimento anual. Contudo, pela primeira vez o TC decidiu pela preservação dos efeitos da lei para o ano de 2012 em que tomada a decisão, o que fundamentadamente fez em atenção às circunstâncias especiais de crise financeira, quando declarou a inaplicabilidade do corte apenas para os anos subsequentes³⁸⁰.

Para o Tribunal Constitucional português, é sustentável, a partir de um critério de igualdade proporcional, e não de um igualitarismo, admitir um tratamento diferenciado entre

³⁷⁶ URBANO, Maria Benedito – A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?. In **O Tribunal Constitucional e a Crise**. p. 13.

³⁷⁷ SILVA, Suzana Tavares da – Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In NABAIS, José Casalta (Org.). **Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise**. p. 47.

³⁷⁸ WEDY, Gabriel – **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. p. 282.

³⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 45-51 e 70-71.

³⁸⁰ *Idem* – *Ibidem*. No mesmo sentido: LEITÃO, Luiz Menezes. “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012”. In Revista da Ordem dos Advogados. p. 415 e segs.

quem recebe verba pública e quem trabalha na iniciativa privada, de modo que não é necessariamente discriminatória uma redução dirigida apenas ao primeiro grupo. Contudo, ressalvou que a liberdade do legislador, em recorrer a cortes de remunerações do funcionalismo público, sob o fundamento de buscar um equilíbrio está sujeito a limites, não pode ultrapassar os limites da proibição do excesso em termos da igualdade proporcional³⁸¹.

Observa-se, portanto, que mesmo realizando o controle de constitucionalidade para considerar a LOE para 2012 inconstitucional baseado no princípio da igualdade proporcional, o Tribunal Constitucional atentou à situação de crise e determinou a não produção de efeitos da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal, relativos ao ano de 2012. Ou seja, realizou a relação de parametricidade entre a norma objeto de fiscalização e um princípio constitucional, sem que fosse necessária a vigência de um regime de legalidade extraordinária, mas sim a partir de uma leitura do caso atenta à conjuntura de austeridade. No caso do Acórdão n.º 353/2012, o Tribunal Constitucional não preferiu a utilização da expressão “crise”, mas se reportou à situação de “gravíssima situação económico-financeira” e “atual contexto de grave emergência” para, como elemento legitimador de medidas governamentais, o TC adotasse um posicionamento acolhedor de medida de austeridade, sob o fundamento de um olhar atento à realidade económica³⁸².

Interessante a advertência feita por António Manoel Hespanha³⁸³, pois, segundo o autor, pensar na austeridade fiscal, como realidade que dita uma nova leitura constitucional, representa admitir um impacto neoliberal na regulação social mediante o estabelecimento de um “modelo jurídico”, este entendido como procedimentos formais e intelectuais de agentes destinados a formar tal regulação, muitas vezes mais preocupados em assegurar o dinamismo dos agentes de mercado, do que propriamente com o “*mundo heterônomo do Estado e do Direito*”.

Interessante abordagem faz Cláudio Carneiro quando discorre que “em tempos de crise, percebe-se que a inconstitucionalidade, na interpretação do TC, não depende apenas do texto,

³⁸¹ CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 226-228.

³⁸² URBANO, Maria Benedita – *Op. Cit.* p. 14-15. No mesmo trecho da obra, a autora fez referência a outros julgados que não preferiram mencionar a expressão “crise”, quando assim explicitou: “O TC, contudo, não ignorou a presente situação de crise económico-financeira. Efetivamente, na generalidade das decisões que foram analisadas, há referência à crise – verdadeiramente, e a título de mera curiosidade, a palavra “crise” nem sequer é muito utilizada, sendo empregadas, em crescendo de gravidade, outras expressões como “conjuntura financeira” e “conjuntura económico-financeira internacional”, “desequilíbrio orçamental” (Acórdão nº 399/2010), “conjuntura de de absoluta excepcionalidade” (Acórdão nº 396/2011), (...) “situação de excepcionalidade financeira”, “num contexto de particular excepcionalidade”, “contexto extraordinário de emergência de financiamento”, “necessidade de finanças públicas extraordinárias (Acórdão nº 187/2013), “agudizar das dificuldades económico-financeiras do Estado” (Acórdão nº 474/2013).

³⁸³ HESPANHA, António Manoel – A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. In **Revista do Ministério Público**. p. 21-27.

mas, também, do contexto”³⁸⁴. Assim, se num contexto econômico favorável o princípio da segurança tutela o indivíduo, num cenário de austeridade tal norma principiológica é flexibilizada em prol de uma maior discricionariedade legislativa³⁸⁵.

Questão ora trazida à análise é se essa atividade hermenêutica do Tribunal Constitucional é adequada à sua função jurisdicional. Afinal, haveria ela que atentar necessariamente a um controle de evidência? Uma resposta positiva ou negativa, requer, antes, um estudo do dogma do legislador negativo a ser tratado no próximo capítulo, numa tentativa posterior de identificar a influência que se presencia hoje na interpretação dos direitos sociais em meio a política de austeridade.

³⁸⁴ CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 230.

³⁸⁵ PINHEIRO, Alexandre Souza – A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). p.

3 DOGMA DO LEGISLADOR NEGATIVO

Discussão que se coloca no presente momento e que constitui um ponto relevante é a indagação acerca do verdadeiro papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional, no exercício da jurisdição constitucional, especialmente no tocante à fiscalização abstrata de constitucionalidade exercida de forma sucessiva, ou seja, quando já editada uma norma pelo Parlamento.

No caso, convém lançar o seguinte questionamento: o Tribunal Constitucional figura como simples legislador negativo ao exercer seu mister de corte constitucional, em especial quando enfrenta as ações diretas integrantes da fiscalização abstrata de constitucionalidade?

Trata-se de um quadro de inquietação que extravasa uma análise simplista de textos legais e adentra no campo da própria filosofia jurídica, impulsionado pela constatação também atual de que os Estados soberanos ainda não encontraram um modelo de separação de poderes que delimite com precisão as funções dos órgãos soberanos, sem que se gere uma alargada discussão no campo doutrinário em matéria de interferência mútua entre poderes. Afinal, os Estados nacionais dos dias de hoje, dos quais Portugal é exemplo, impregnados pelos ideais do constitucionalismo, assentam-se na ideia de independência entre os poderes soberanos, o que para Michel Temer pressupõe separação funcional³⁸⁶. No entanto, essas mesmas sociedades politicamente organizadas clamam pela atuação dos poderes no sentido de que façam cumprir ideais democráticos, situação que em muitas ocasiões requererá interpenetração de um poder no outro, no que se convencionou denominar de “sistema de freios e contrapesos”, isto é, sistema em que as funções institucionais não estão atreladas a uma separação rígida de poderes³⁸⁷.

Sempre relevante lembrar que separação de poderes, numa compreensão originária de que as funções essenciais do Estado haveriam de ser geridas e conduzidas por pessoas distintas, com vistas a inibir comportamentos tirânicos por parte desses mesmos mandatários, originou-se na obra de Montesquieu no Livro “o Espírito das Leis”, em que o aludido filósofo identificou a existência de um poder constituinte criador dos poderes constituídos executivo, legislativo e judiciário, cada qual com seu campo de competência delimitado pela norma fundamental³⁸⁸.

O estudo do dogma do legislador negativo remete à leitura da separação de poderes, sob a ótica do sistema de freios e contrapesos, a partir do pensamento de que, embora as funções

³⁸⁶ TEMER, Michel – *Op. Cit.* p. 124.

³⁸⁷ PIRES, Alex Sander Xavier – **Direito sumular: construindo uma teoria.** p. 87.

³⁸⁸ *Idem* – **Direito sumular: construindo uma teoria.** p. 86.

ordinárias de legislar e julgar sejam conferidas, respectivamente, aos Poderes Legislativo e Judiciário, em certas situações admitidas na Constituição será possível a interferência mútua entre tais poderes, a exemplo do que ocorre na fiscalização abstrata de constitucionalidade incidente sobre normas emanadas do Poder Legislativo³⁸⁹.

A partir de agora, adentrar-se-á nos elementos conceituais do dogma do legislador negativo, na expectativa de expor o debate acerca da delimitação da atuação do Poder Judiciário, com enfoque posterior na atuação do Tribunal Constitucional português, a fim de que no capítulo seguinte seja possível o enfrentamento do controle de evidência em matéria de direitos sociais, em tempos de crise.

3.1 Significado Segundo Pensamento Kelseniano

É fundamental apontar que o dogma do legislador negativo tem raiz em Hans Kelsen, para quem a Constituição deve ter sua supremacia jurídica assegurada por meio da atuação de um órgão independente, com poderes para declarar a anulação de ato inconstitucional, diferente do Parlamento e de qualquer outra autoridade estatal³⁹⁰. Trata-se de um tribunal constitucional, e sobre possível ofensa à divisão de poderes, supostamente presenciada quando o órgão julgador declara a nulidade de uma regra, Kelsen aborda que o exercício dessa atribuição, no que se refere à declaração de inconstitucionalidade, consiste em função de “*legislador negativo*”³⁹¹.

Na obra *Jurisdição Constitucional*, Hans Kelsen afirmou que “a anulação de uma lei tem o mesmo efeito de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa”³⁹², com caráter limitado à natureza jurisdicional da função que garante o Tribunal Constitucional³⁹³.

Gomes Canotilho explica o pensamento kelseniano ao dizer que a função desempenhada pelo Tribunal Constitucional, especialmente na fiscalização abstrata, difere da função propriamente de fiscalização judicial, pois trata-se do que o autor entende como “função

³⁸⁹ *Idem* – **Direito sumular: construindo uma teoria**. p. 153.

³⁹⁰ Kelsen apud LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – O Guarda da Constituição e a sua Legitimidade: A Polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt Sobre a Proteção da Constituição. **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional**. p. 460.

³⁹¹ Kelsen, Hans – Quem deve ser o guardião da Constituição? In Kelsen, Hans – **Jurisdição Constitucional**. p. 262.

³⁹² Kelsen, Hans – **Jurisdição Constitucional**. p. 152.

³⁹³ *Idem* – **Jurisdição Constitucional**. p. 153.

constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa”³⁹⁴.

Aliás, como leciona Carolina Cardoso Guimarães Lisboa, também citando Kelsen,

Daí a famosa expressão “legislador negativo” que decorre da concepção de que anular uma lei é estabelecer uma norma geral com sinal negativo. Nesse caso, está-se, segundo Kelsen, diante de uma partilha da função legislativa entre dois órgãos ou uma interferência de um órgão legislativo em outro também legislativo³⁹⁵.

Kelsen, tratando com obviedade essa função legislativa do Poder Judiciário, defendeu que ela é nítida, mormente em Estado em que vige o Direito consuetudinário, quando se observa não haver diferença entre costume e legislação³⁹⁶.

Ademais, Hans Kelsen compreendia que na fiscalização de constitucionalidade existe uma interpretação autêntica porque criadora do Direito em caráter geral, ou seja, tem essa característica por ser Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos³⁹⁷. Noutros termos, o Tribunal Constitucional, no âmbito da fiscalização abstrata, não julga pretensão decorrente de um conflito de interesse no caso concreto, porém apenas realiza um juízo de compatibilidade lógica entre um ato jurídico-político e a Constituição, pelo que não estaria, o órgão constitucional, diante de uma verdadeira atividade de dizer o direito num caso concreto³⁹⁸.

De todo modo, malgrado admitido o exercício de função legislativa negativa pelo Tribunal Constitucional, essa atividade, segundo o dogma em estudo, deve estar absolutamente delimitada pela Constituição, norma fundamental essa que terá características diversas em cada Estado, de modo que o órgão julgador atua apenas aplicando o direito, sem realizar criação jurídica em grande medida³⁹⁹. Ou seja, para Kelsen, é imperioso que a norma fundamental confira competência de legislador negativo ao Tribunal Constitucional, conquanto se limite ao máximo a margem de discricionariedade na interpretação das leis pelo órgão julgador, inclusive evitando-se conceitos jurídicos indeterminados ou fórmulas vagas no texto da Constituição⁴⁰⁰.

³⁹⁴ CANOTILHO, JJ. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 898-899.

³⁹⁵ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – *Op. Cit.* p. 460.

³⁹⁶ KELSEN, Hans – **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 389.

³⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2002. p. 394.

³⁹⁸ KELSEN, Hans apud CUNHA, Dirley – *Op. Cit.* p. 252.

³⁹⁹ KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. p. 153.

⁴⁰⁰ KELSEN, Hans – Quem deve ser o guardião da Constituição? In KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. p. 262.

Pelo dogma do legislador negativo, como o nome já sugere, o magistrado não atua como legislador positivo, ou seja, não pode criar uma norma diversa da instituída pelo Poder Legislativo, pois, ao contrário, cabe ao Tribunal Constitucional interpretar conforme a Constituição, de forma a afastar a aplicação da norma entendida como inconstitucional, ou expungindo tal norma do ordenamento jurídico, como ocorre na fiscalização abstrata de constitucionalidade realizada sucessivamente à vigência do ato impugnado⁴⁰¹.

Assim, em princípio, numa leitura superficial da fiscalização de constitucionalidade, à luz do postulado da separação de poderes, caberia somente ao próprio Parlamento atuar no exercício da função de retirar, da ordem jurídica, norma legal por ele mesmo aprovada. Contudo, em sendo jurisdicional o sistema de fiscalização de constitucionalidade, essa medida é possibilitada à atuação de um Tribunal Constitucional independente e imparcial como instituição destinada a assegurar a supremacia constitucional, por meio da invalidação de normas contrárias ao texto magno.

Para Carlos Cereti⁴⁰² e Inácio de Otto⁴⁰³, o dogma do legislador negativo afasta o risco de se admitir um órgão de função meramente judicial a exercer interferência em atos emanados de outro poder independente e de função tipicamente legislativa, no sentido de criar normas contrárias às preexistentes ou inovadoras em situações de lacunas normativas.

Ao realizar o julgamento de processos no campo da fiscalização abstrata de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, observado o dogma do legislador negativo, não pode extrapolar os limites de atuação traçados pela norma constitucional. Essa atuação de feição política, em declarar a inconstitucionalidade de uma norma de efeitos gerais, cuja decisão também será de efeitos vinculantes e *erga omnes*, deve ser estritamente negativa no sentido de que o pronunciamento judicial fica restrito à declaração de invalidade da norma. Ou seja, sob a ótica do legislador negativo, o Tribunal Constitucional pode atuar somente no exercício do poder de paralisar a eficácia de um ato político-jurídico já existente, todavia sem autorização para inovar na ordem jurídica mediante a criação de norma anteriormente inexistente⁴⁰⁴.

Segundo Pedro Trovão do Rosário, o dogma em referência é decorrente de um ponto de vista kelseniano do modo de atuar do Tribunal Constitucional, segundo o qual cabe ao órgão julgador atuar como guardião da Constituição, entretanto distanciado necessariamente dos demais poderes mediante atuação adstrita ao poder de invalidar a norma objeto de fiscalização,

⁴⁰¹ PIRES, Alex Sander Xavier – **Direito sumular: construindo uma teoria**. p. 77.

⁴⁰² CERETI, Carlos – *Funzione legislativa e controllo di legittimità*. In **Studi in onore di Emilio Crosa**. p. 495.

⁴⁰³ OTTO, Ignacio de – **Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes**. Barcelona, 1987. p. 286.

⁴⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. p. 192-193.

quando esta for contrária à norma fundamental⁴⁰⁵. O mesmo autor menciona que o pensamento positivista fundamenta essa corrente de pensamento, por entender que a interpretação é uma ciência em que juízes, quando da aplicação da norma constitucional na fiscalização de constitucionalidade, devem se valer do recurso a “*raciocínios silogísticos*”, sem utilização de elementos extrajurídicos obtidos em outras ciências, mormente axiológicos⁴⁰⁶.

A delimitação da atuação do Tribunal Constitucional, à luz do dogma do legislador negativo, retrata oposição à ideia que o intérprete tenha uma atuação proativa capaz de reconhecer direitos implícitos ou julgar em meio à aplicação de princípios constitucionais marcadamente abertos. Esse entendimento busca fundamento não só na concepção de separação de poderes, como também num modelo liberal passado de que o Tribunal Constitucional não tem legitimidade democrática eletiva para tomar decisões em termos de atividade legislativa.

Aliás, o dogma do legislador negativo tem alicerce na concepção de “constituição-moldura”, cuja incumbência deveria ser de definir os limites em que permitida a atuação do Poder Legislativo. Nesse cenário, competiria ao Poder Judiciário apenas analisar se o legislador, ao exercer sua atividade legiferante, cometeu ou não excessos no que toca aos elementos estritamente formais estabelecidos pelo constituinte.

Portanto, compreender o exercício da jurisdição na fiscalização de constitucionalidade, sob a ótica do dogma do legislador negativo empreendido por Kelsen, implica em situar o Poder Judiciário numa área do Poder Soberano do Estado em que não se permite uma ação normativa criativa em larga escala, ficando a atuação desse poder mais adstrita à solução de conflito por meio da aplicação de normas já elaboradas por outros poderes com legitimidade democrática para tanto. Em grande parte, a atuação do tribunal constitucional fica atrelada à função de, no máximo, extirpar a norma conflitante com a Constituição por meio de uma declaração de inconstitucionalidade com efeito invalidante, sem que haja a incursão na seara da criação de novos direitos. A feição política da atividade do tribunal constitucional deve obedecer essa limitação funcional.

O dogma do legislador negativo possui campo fértil de incidência em matéria de fiscalização de constitucionalidade envolvendo direitos sociais, na medida em que busca delimitar a atuação do Tribunal Constitucional no plano do juízo de parametricidade inerente a essa competência, mesmo que se admita, numa perspectiva kelseniana, que a margem de

⁴⁰⁵ ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Tribunal Constitucional – Un Legislador Negativo o Positivo. In **Revista de Derecho UNED**. p. 732-733.

⁴⁰⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 732.

criatividade do julgado seja restrita. Contudo, questão que se coloca é se esse dogma é suficiente para traçar o verdadeiro papel que o Poder Judiciário no campo da fiscalização abstrata de constitucionalidade, mormente em tempos atuais em que as relações jurídicas, inclusive envolvendo direitos sociais, se tornaram cada vez mais massificadas e custosas.

3.2 O Dogma e a Constituição da República Portuguesa

Como já dito alhures, no caso de Portugal, quem assume o papel de órgão intérprete no controle abstrato de normas é o Tribunal Constitucional, haja vista a previsão contida nos artigos 221.º, 278º, 281º e 282º da CRP.

O artigo 281.º, a, da CRP, em especial, prevê competir ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração de inconstitucionalidade de quaisquer normas, com força de obrigatoriedade geral, ou seja, com vinculação ao próprio Tribunal Constitucional, ao legislador e aos demais tribunais⁴⁰⁷, atribuindo protagonismo à fiscalização abstrata sucessiva concebida para a defesa da integridade da ordem jurídico-constitucional, numa “*função fundamental objectiva*”⁴⁰⁸.

Como destacam Jorge Miranda e Rui Medeiros⁴⁰⁹, a CRP, em grande medida é quem traça os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em Portugal, não obstante o papel complementar da doutrina e jurisprudência nessa temática.

Nesse sentido, não há previsão literal sobre a atuação do Tribunal Constitucional como legislador negativo, mas essa função é extraída do efeito geral de declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 282.º, 1, com produção de efeito de nulidade que se dá desde a entrada em vigor da norma objeto de fiscalização, nos moldes da concepção do modelo austríaco de controle de constitucionalidade⁴¹⁰.

Assim, o efeito de nulidade total, como consequência do reconhecimento de inconstitucionalidade de uma norma confrontada com a CRP, compõe a regra geral no ordenamento jurídico português⁴¹¹.

Contudo, cumpre rememorar que os julgados do Tribunal Constitucional português podem ter um alcance mais restrito, em que se reconheça uma nulidade parcial, ou mesmo

⁴⁰⁷ CANOTILHO, JJ. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1.009-1.012.

⁴⁰⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, RUI – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tombo III. p. 793-796.

⁴⁰⁹ *Idem. Op. Cit.* p. 822.

⁴¹⁰ *Idem. Op. Cit.* p. 795.

⁴¹¹ CANOTILHO, JJ. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1.017-1.020.

nulidade com efeito *pro futuro*⁴¹², o que se extrai do n.º 4 do art. 282.º da CRP quando prevê que, “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou ilegalidade com alcance mais restrito do que nos n.ºs 1 e 2”. Trata-se de possibilidade de emissão de julgamento com um efeito distinto de uma simples invalidação da norma.

Contudo, é relevante apontar que essa flexibilização dos efeitos não está submetida a um juízo discricionário livre do Tribunal Constitucional, até porque se assim o fosse estar-se-ia diante de conhecimento de arbitrariedade como algo consentâneo com o Estado constitucional de Direito.

Como o sobredito item 4 do art. 282.º dispõe, a fixação restritiva de efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ter como desiderato a salvaguarda da segurança jurídica, equidade e/ou de interesse público de excepcional relevo, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, o que não desfaz a ideia central de que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral e *ex tunc* há de ser a regra⁴¹³.

Não obstante a disposição constitucional acima destacada, a função de legislador do Tribunal Constitucional, ainda que numa feição negativa de natureza meramente invalidante, chega a ser negada por alguns autores portugueses, a exemplo de Jorge Miranda⁴¹⁴ e António Castanheira Neves⁴¹⁵, que identificam a declaração de inconstitucionalidade de uma norma como uma atividade tipicamente jurisdicional, ou seja, um juízo estritamente normativo em que o Tribunal Constitucional, assim como os demais tribunais, afere se uma norma está ou não em conformidade com a Constituição, assim distante de uma função legislativa.

Em sentido similar José de Oliveira Ascensão⁴¹⁶, quando ensina que os julgados emanados do Tribunal Constitucional, quando exarados no plano da fiscalização de constitucionalidade, ainda que dotados de obrigatoriedade geral, constituem resultado de um exercício de função jurisdicional em seu sentido próprio e substancial de dizer o direito, afastado de uma qualidade de produtor de normas. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional não constituiria um “co-produtor de normas jurídicas”, mas apenas exerce uma função de controlador inerente ao exercício de uma função jurisdicional⁴¹⁷.

⁴¹² *Idem – Ibidem.*

⁴¹³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, RUI – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tombo III. p. 845.

⁴¹⁴ MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 488.

⁴¹⁵ NEVES, António Castanheira – **O Instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. p. 612-613.

⁴¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira – Os Acórdãos com força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como fonte de Direito. In **Nos dez anos da Constituição**. p. 261.

⁴¹⁷ CANOTILHO, JJ. Gomes – A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional, in **Nos dez anos da Constituição**. p. 353.

Rui Medeiros, corroborando essa mesma corrente de pensamento, já chegou a defender que a admissão de função de legislador pelo Tribunal Constitucional, quando da declaração de inconstitucionalidade de norma de carácter geral, equivale a compreender que qualquer juiz estaria a exercer um poder regulamentar quando anula um decreto, ou no exercício da liberdade contratual de natureza privada quando anula um contrato submetido à aferição judicial de algum tipo de vício negocial⁴¹⁸.

O distanciamento da função de fiscalização de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, em relação à função tipicamente legislativa, é também fundamentado na compreensão de que na função jurisdicional constitucional o Tribunal Constitucional é obrigado a apreciar as matérias que lhe são postas a julgamento por questão de inafastabilidade da jurisdição, ao passo que na atividade legislativa o Parlamento dispõe de liberdade política até mesmo para decidir se trata ou não do tema em nível legislativo⁴¹⁹. Por outro lado, os atos legislativos aprovados pelo Parlamento estão submetidos a fiscalização de constitucionalidade, enquanto o mesmo não se pode dizer em relação às decisões do Tribunal Constitucional⁴²⁰. Assim, tratar-se-ia de duas distinções que obstaculizariam ou ao mesmo dificultaria a identificação da função primordial do Tribunal Constitucional ao dogma do legislador negativo. Assim, razão não haveria para que se operasse uma aproximação da função do Tribunal Constitucional com a de legislador, mesmo que no sentido negativo.

Todavia, por outro lado, há outra corrente doutrinária em Portugal que está mais alinhada ao entendimento de que o Tribunal Constitucional, no exercício de seu mister de fiscalização de constitucionalidade, exerce, sim, uma função identificada com o dogma kelseniano.

O entendimento da corrente doutrinária favorável à identificação da declaração de inconstitucionalidade ao dogma do legislador negativo, ínsita à fiscalização de constitucionalidade, pode ser extraído da lição de Maria Lúcia Amaral, que pela clareza ora merece transcrição,

O juiz constitucional não é, definitivamente, um juiz como os outros. Dado que nasceu para ser um juiz legislador (e não um juiz dos juízes), e um guardião do princípio da constitucionalidade (e não da legalidade), as decisões que toma – sempre que declara a inconstitucionalidade de uma norma legal – alteram directa e imediatamente o sistema de fontes, atingindo, precisamente, aquelas (fontes) que se situam no nível elevado da hierarquia

⁴¹⁸ MEDEIROS, RUI apud MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 488.

⁴¹⁹ MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 488-489.

⁴²⁰ *Idem - Ibidem*.

normativa infraconstitucional. Daí a extrema cautela, e delicadeza, eu diria quase: pudor – com que muitas das constituições estrangeiras tratam do tema dos efeitos da sentença dos tribunais constitucionais. Daí, também, a designação kelseniana do juiz constitucional como “legislador negativo”.⁴²¹

Contudo, como Pedro Trovão do Rosário destaca, a atuação do Tribunal Constitucional português não vem mais se adstringindo a uma feição de legislador negativo, pois no exercício de fiscalização abstrata de constitucionalidade sua atuação pode também resultar numa conduta legislativa positiva⁴²², o que se extrai mormente da possibilidade do Tribunal Constitucional exarar decisões resultante em declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo) ou substitutivo⁴²³.

Embora ainda não se possa apontar como uma atuação preponderante, Nunes de Almeida identifica esse movimento jurisprudencial quando decisões integradoras se lastreiam no princípio da igualdade para adotar decisões substitutivas⁴²⁴.

Disto isso, é possível extrair do debate ora destacado que a função de legislador negativo do Tribunal Constitucional não deve estar associada a um sentido de criação de normas na acepção própria de prática de ato legislativo, mas de atuação do órgão julgador por meio do qual ele cria direito por meio de decisão judicial⁴²⁵.

O acolhimento do dogma kelseniano não resulta numa inafastável conclusão de que a declaração de constitucionalidade em Portugal fica adstrita a um poder meramente invalidante por parte do Tribunal Constitucional, tanto que o modelo português não fica amarrado ao dogma do legislador negativo, e isso é extraível da CRP, na medida em que, conforme ensina Kildare Carvalho, elementos normativo principiológicos podem motivar uma decisão do Tribunal Constitucional português com efeito distinto do *ex tunc*, portanto admitindo que haja uma modificação dos efeitos temporais da decisão⁴²⁶.

⁴²¹ AMARAL, MARIA LÚCIA - Justiça Constitucional, Proteção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os Direitos Fundamentais. In **Anuário Português de Direito Constitucional**. p. 11-22.

⁴²² ROSÁRIO, Pedro Trovão do – *Op. Cit.* p. 738.

⁴²³ “Através de sentenças deste tipo o Tribunal: (1) alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição “parte em que não prevê”, contempla uma <<exceção>> ou impõe uma <<condição>> a certas situações que deveria prever (sentenças aditivas); (2) declara a inconstitucionalidade de uma norma na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra ou profere uma decisão que implica a <<substituição>> de disciplina jurídica contida no preceito julgado inconstitucional (sentença substitutiva), (CANOTILHO, JJ. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1.019).

⁴²⁴ ALMEIDA, Nunes de apud ROSÁRIO, Pedro Trovão do – *Op. Cit.* p. 737-738.

⁴²⁵ PIRES, Alex Sander Xavier – **Direito sumular: construindo uma teoria**. p. 155.

⁴²⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves - **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. p. 442.

Noutros termos, no caso de Portugal, embora a CRP não autorize literalmente uma atuação ativista do Tribunal Constitucional, ela abre margem para tal perfil de atuação jurisdicional quando permite a adoção de efeitos distintos do meramente invalidante, quando do julgamento de matéria de fiscalização abstrata pelo Tribunal Constitucional. Para Jorge Miranda, decisões aditivas transparecem esse movimento da hermenêutica constitucional em Portugal, não obstante advirta para os riscos do “ativismo judicial” impróprio ao esquema de separação de poderes consagrado pelo poder constituinte⁴²⁷.

O Acórdão n.º 353/2012, alusivo a medidas de “suspensão de pagamento” de gratificação de natal e de férias, com extensão para aposentados, inclusive do setor privado, quando o subsídio superasse 600 euros, retrata em certa medida o sobredito movimento hermenêutico, porquanto por aplicação de modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, a invalidação de lei orçamental que previa o não pagamento de subsídio de férias e de Natal durante o ano de 2012, acabou por alcançar apenas o orçamento a partir do ano de 2013, não aplicada para o ano de 2012, haja vista que o orçamento deste último ano já se encontrava em curso e a invalidação com efeito *ex tunc* da Lei do Orçamento de Estado (LOE) para 2012 poderia colocar em risco a solvabilidade do Estado⁴²⁸.

Ademais, para além de não se adstringir a uma declaração de invalidade da norma, o Tribunal Constitucional português, no julgamento do caso acima referido, baseou a discussão na aplicação do princípio da igualdade proporcional quando, ao julgar as medidas de suspensão de pagamento de subsídio de férias e de Natal, entendeu constitucionalmente cabível uma distinção entre quem recebe salários dos cofres públicos e quem labora na atividade privada, não cabendo a conclusão, no atual contexto econômico e financeiro, no sentido de que é injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução de rendimento dirigida apenas aos primeiros⁴²⁹. Ou seja, é o Tribunal Constitucional se valendo de princípio para ditar o alcance de uma declaração de inconstitucionalidade.

Vê-se, portanto, que as normas jurídicas não estão “desgarradas”, de um entendimento ou interpretação. Pelo contrário, elas estão sempre ligadas a uma atividade de determinação do sentido. Logo, o Tribunal Constitucional tende a exercer uma função de criar, uma norma timbrada com uma certa dimensão interpretativa, daí resultando que a jurisdição constitucional se vê, nalguns casos, a braços com a necessidade de apreciar, “como se fossem normas”, certos

⁴²⁷ MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 489

⁴²⁸ URBANO, Maria Benedita – *Op. Cit.* p. 17.

⁴²⁹ CARNEIRO, Claudio – **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal**. p. 227

entendimentos normativos de um ou mais preceitos. A aplicação de cláusulas gerais retrataria essa dificuldade de dissociação entre um juízo constitucional e uma função legislativa no sentido criativo positivo. Afinal, cláusulas gerais e princípios constitucionais limitadores ao poder de legislar são susceptíveis de delimitação pelo Tribunal Constitucional em meio à atividade de fiscalização de constitucionalidade. Rompe-se, assim, com um modelo normativista puro⁴³⁰.

Como Portugal é um Estado Constitucional de Direito, cabível mencionar a lição de Luigi Ferrajoli⁴³¹ para quem, nesse tipo de organização política, os conflitos insuperáveis devem ser solucionados por meio da interpretação, ou mesmo mediante a anulação das normas inválidas, ou, se for necessário, até mediante a inserção de norma faltante.

Ademais, a fiscalização abstrata de constitucionalidade está atrelada à observância dos princípios estabelecidos na Constituição de 1976, o que compõe abertura para o Poder Judiciário exarar decisões marcadas por densa carga de adequabilidade. Aliás, como o Tribunal Constitucional deve fazer valer a norma fundamental, limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em nome de princípios constitucionais, sobretudo o da proporcionalidade, não constitui poder discricionário e sim um dever do órgão de cúpula atuante em defesa da CRP⁴³².

Cumprido, no próximo item, abordar aspectos doutrinários que podem aproximar a atuação do Tribunal Constitucional a um perfil mais ativista.

3.3 A Antítese ao Dogma do Legislador Negativo

A linha de pensamento kelseniana, pautada no dogma do legislador negativo, mostrou-se bastante satisfatória num contexto de estabelecimento do Estado de Direito vivido no constitucionalismo liberal, em que se observou certa preeminência por parte do segmento orgânico do poder do Estado que detinha a função de elaborar as normas, no caso, o Poder Legislativo, nos tempos em que a Democracia estava vinculada à representativa eletiva como expressão da vontade da maioria⁴³³.

⁴³⁰ Citar autor do artigo enviado pela Carina: Benjamim Silva Rodrigues Benjamim Silva Rodrigues Benjamim Silva Rodrigues Benjamim Silva Rodrigues Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴³¹ FERRAJOLI, Luigi – I diritti fondamentali nella teoria del diritto.. In VITATE, Ermanno (coord.). **Diritti fondamentali. Un dibattito teorico**. p. 136.

⁴³² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, RUI – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tombo III. p. 849.

⁴³³ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 183-184

Ideias impregnadas numa visão Liberal clássica e do Estado do bem-estar social do início do século XX, ainda compreendem que somente os Poderes Legislativo e Executivo possuem poder de decisão sobre as escolhas político-jurídicas do Estado. Negam, de outro lado, essa legitimidade aos integrantes do Poder Judiciário. A este poder somente caberia, nos espaços de individualidade e da reserva orçamentária, resolver aquelas situações pontuais de garantia de direitos fundamentais individuais ou, no máximo de pequena(s) coletividade(s) em sentido restrito. Essa orientação já não tem vigência na prática e bem mesmo espaço numa visão do Estado Constitucional de Direito⁴³⁴.

Ou seja, em tempos contemporâneos de estabelecimento do pós-positivismo, o sobredito posicionamento não mais se afigura reinante, embora ainda seja bastante influente, porquanto o entendimento de que o juiz deve apenas dizer o direito traz à liça um grande problema vivido pelas sociedades politicamente organizadas dos séculos XX e XXI, qual seja, a dificuldade do legislador em produzir textos normativos na mesma velocidade da mudança dos fatos sociais. Afinal, pensar numa atuação do Poder Judiciário, adstrita à pronuncia do que está contido na norma abstrata, sem ocorrência de lacunas, requer que essa norma preveja de forma mais exaustiva possível todas as intempéries da vida, o que nos dias atuais inquestionavelmente os órgãos de competência legislativa não vem conseguindo alcançar⁴³⁵, sem contar que não raro as leis se mostram contraditórias, obscuras ou mesmo um reflexo de um conserto político muito mais voltados a atender grupos de pressão, portanto muito mais inclinadas a causar instabilidade e injustiça, do que propriamente ser um ato impessoal tendente a regular interesses gerais⁴³⁶.

Com efeito, o que se nota nos dias atuais é um enfraquecimento do postulado clássico da separação de poderes, haja vista que muitos atos legislativos são fruto de uma vontade partidária em que o governo dita a maioria parlamentar, como consequência de uma coligação majoritária decorrente de aproximação entre Poder Legislativo e Poder Executivo, de modo que a questão constitucional se tornou hoje muito mais o instrumento de oposição contra abusos e investidas de uma maioria⁴³⁷.

Uma forma de se tentar superar o problema das lacunas normativas ou mesmo normas contrárias aos anseios da norma fundamental, no direito contemporâneo de feição pós-positivista, pode ser extraída da atitude dos constituintes originários de buscar a elaboração de normas fundamentais com densa carga principiológica, norma fundamental que deve

⁴³⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso – Atividade judiciária, políticas públicas e orçamento. In *Op. Cit.* p. 305-306.

⁴³⁵ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 290.

⁴³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo – *El derecho dúctil.* p. 38.

⁴³⁷ MOREIRA, Vital – **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional.**

representar um sistema coerente que traz como consequência o dever do Poder Judiciário julgar conforme princípios, ainda que em contrariedade à opinião popular⁴³⁸.

Mesmo que se aponte que as crises constitucionais estariam mais atreladas à fiscalização de constitucionalidade por omissão, fato é que quadro lacunoso também pode decorrer de uma declaração de inconstitucionalidade em que o Poder Judiciário precise traçar, por exemplo, uma modificação dos efeitos temporais para não alcançar situações já definitivamente constituídas, ou mesmo em decisões “*interpretativas*”, que podem ser “*aditivas*” ou “*substitutivas*”⁴³⁹, aditivas quando o Judiciário adiciona elementos não previstos na norma de modo a adequá-la a situações não previstas na norma submetida a fiscalização, e substitutivas são as decisões nas quais há declaração de inconstitucionalidade, porém com substituição da parte declarada inconstitucional por critério existente no sistema normativo.

Ou seja, em muitas ocasiões o Tribunal Constitucional se depara com questões envolvendo “*lacunas axiológicas*”⁴⁴⁰, que reclamam uma solução conforme a Constituição, ou seja,

quando não se está diante da ausência de uma regra qualquer, mas de uma regra “justa, vale dizer, de uma regra que não está presente no ordenamento jurídico, mas que deveria estar porque assim estabelece o sentido de justiça previsto nas normas constitucionais”⁴⁴¹.

Portanto, diante de uma pretensa maximização da função julgadora do Tribunal Constitucional, a declaração de inconstitucionalidade não fica sempre adstrita a uma decisão de efeitos meramente invalidantes, pois a solução judicial, muitas vezes, para atingir uma conformidade com a Constituição, exige “a adoção de um modelo de sentença de perfil aditivo”⁴⁴². Esse aspecto constitui o elemento central do ativismo judicial, de raiz norte-americana e que se amolda à compreensão de Dworkin de que a norma jurídica não é capaz de regular o seu próprio processo de aplicação, exigindo o que o próprio jusfilósofo referido denominou de “*senso de adequabilidade*”, normalmente envolvendo a aplicação de princípios como uma atividade intrínseca à função de julgar⁴⁴³.

Nessa perspectiva, a chegada do neoconstitucionalismo, marcadamente pós-positivista, portanto, afinado com as ideias ora explicitadas, busca elevar o Poder Judiciário à

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana** p. 202.

⁴³⁹ GUASTINI, Ricardo – **Estudios de teoria constitucional**. p. 270-273.

⁴⁴⁰ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 295.

⁴⁴¹ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – *Op. Cit.* p. 1.328.

⁴⁴³ DWORKIN, Ronald – **Taking rights seriously**. p. 40.

condição de protagonista no processo de afirmação da Constituição, sem que se despreze que a função de guardião da Constituição não é exclusiva do Poder Judiciário, e tampouco do Tribunal Constitucional⁴⁴⁴.

O ativismo judicial é percebido no atual estágio do constitucionalismo, propondo essencialmente a materialização da norma fundamental composta por densos elementos principiológicos, situação que demanda juízes aptos a encontrar soluções para os mais diversos conflitos de interesse, estejam ou não de acordo com o interesse da maioria⁴⁴⁵, e mais, com uma nítida aproximação entre moral e direito, em oposição à separação conceitual entre esses dois elementos, antes defendida pelo positivismo⁴⁴⁶.

Atuação de perfil ativista, contudo, não consiste numa atuação livre do Poder Judiciário que possa tornar a sociedade sujeita a pautas arbitrárias de valores escolhidos por quem julga, com submissão do povo ao mero talante dos juízes que compõem o Tribunal Constitucional⁴⁴⁷. Ao contrário, a força normativa da Constituição garante que a atuação do tribunal constitucional, incumbido de desvendar o sentido e alcance da norma fundamental, faça valer a aplicação da Constituição alinhada aos valores que ela consagra, a exemplo dos direitos fundamentais. Afinal, como leciona Jorge Miranda, “tudo se dá em aplicação da Constituição”⁴⁴⁸.

A mudança de concepção sobre a atuação do Poder Judiciário, inclinada para um perfil ativista, decorre também de uma reação à crise pela qual passam as instituições democráticas. Trata-se de enfraquecimento das instituições sob o formato de atuação da linha positivista do Estado Liberal, conforme ensina Rui Medeiros em posicionamentos mais recentes, quando defende que a identificação de uma função positiva do <<juiz constitucional>> decorre de uma harmonização atual das funções do Poderes, tendente a acentuar a relevância da criatividade da função jurisdicional, e as decisões modificativas serão nítida expressão do que o autor menciona como <<movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito>>. E o mesmo autor prossegue, afirmando que o alargamento ou potencialização dos poderes normativos do Tribunal Constitucional pela via interpretativa “constitui, outrossim, uma

⁴⁴⁴ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – *Op. Cit.* p. 466.

⁴⁴⁵ Kelsen Hans apud Möller, Max – **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. p. 125-129.

⁴⁴⁶ Lopera MESSA, Glória – **La aplicación del derecho em los sistemas jurídicos constitucionalizados**. p. 19.

⁴⁴⁷ Tribe, Laurence; Dorf, Michael. **Hermenêutica constitucional**. p.18.

⁴⁴⁸ Miranda, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. 477.

resposta à crise das instituições democráticas”, uma “reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal”⁴⁴⁹.

Assim, é possível extrair dessa linha de pensamento, que a ordem jurídica, diante da existência de lacunas axiológicas e o denso conteúdo moral das normas constitucionais, pugna por uma ação do Poder Judiciário no sentido de conferir aplicabilidade aos vetores principiológicos, ainda que se trate de uma solução contramajoritária, o que abrange os direitos sociais. A ordem jurídica não mais fica na espera por soluções legislativas normalmente morosas, mormente diante da dificuldade do consenso de parlamento quase sempre marcadamente pluralista.

O debate sobre a atuação do Tribunal Constitucional enquanto legislador negativo encontra campo fértil também em matéria de ações diretas voltadas ao questionamento de atos normativo, e não só em relação a omissões constitucionais. Prova disso é o “*drama jurídico*” hoje vivido no Constitucionalismo em relação à tentativa de estabelecer meios de efetivação e promoção de desenvolvimento social⁴⁵⁰, isto porque os direitos sociais, ora objeto de análise, muitas vezes previstos em normas programáticas, demandam ações judiciais em que se discute abuso por parte do Estado, consistente em não realização de direitos sociais ou restrição indevida desses direitos, abusos muitas vezes implementados por meio de atos legislativos submetidos a fiscalização de constitucionalidade⁴⁵¹.

Assim, numa perspectiva ativista, o constitucionalismo do século XXI não se satisfaz com a ideia de um juiz limitado a dizer o que está na lei, obediente às amarras de regras das quais a sociedade espera que decorram todas as soluções para os conflitos de interesses, num “*sistema fechado de regras*”⁴⁵². Pugna-se, hoje, por um Juiz que realize, reproduza e aplique o direito a novos contextos.

De toda forma, como alerta a um posicionamento cerradamente favorável à atuação ativista do Tribunal Constitucional, interessante as ponderações do autor espanhol Eduardo Garcia Enterría, quando destaca que a admissão de uma limitada margem de criação por parte do Tribunal Constitucional vem como um elemento afirmativo da supremacia da Constituição, a exemplo de quando expede decisões manipulativas, porém obtempera que, ao se afastar o Tribunal Constitucional de julgamento de casos concretos, com adstrição de sua atuação à verificação da compatibilidade entre lei e Constituição, evita-se que o Tribunal realize juízos

⁴⁴⁹ MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei.** p.493-494.

⁴⁵⁰ COELHO, Luiz Fernando – **Direito Constitucional e filosofia da Constituição.** p. 307.

⁴⁵¹ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 291.

⁴⁵² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de – **Processo constitucional.** p. 340.

de valores passionais muitas vezes em substituição ao juízo político conferido ao Parlamento, distante de uma real função imparcial⁴⁵³. Ou seja, o próprio autor admite a latente possibilidade de o Poder Judiciário se afastar de uma análise de confrontação de lei e Constituição para, até mesmo sem deliberada intenção, acabar por interferir no plano das opções do legislador.

O neoconstitucionalismo traz consigo fenômenos positivos como a reaproximação entre o Direito e Moral, a força normativa dos princípios e a judicialização da política, elementos esses que, entretanto, numa situação de ativismo radical podem acarretar numa judicialização excessiva ou mesmo em excesso de constitucionalização do Direito⁴⁵⁴, com o consequente deslocamento da política para o plano das decisões judiciais.

Destarte, a compreensão dessa linha de pensamento pós-positivista ativista auxilia o interprete a compreender a real função desempenhada pelo Tribunal Constitucional português em matéria de direitos sociais, em tempos de austeridade. Não obstante, fica a observação de Stephen Holmes e Cass Sustein⁴⁵⁵, quando defendem que a realização e destinação de custos desses direitos requer gastos públicos crescentes, de modo que uma interferência indevida do Poder Judiciário pode conduzir a uma situação de negligência a valores democráticos e de justiça distributiva, não porque o Poder Judiciário seja um órgão sem substrato democrático, mas porque a prioridade de um direito, mesmo que social, muitas vezes implicará na preterição de outro, o que requer clareza quanto aos princípios utilizados para alocação de recurso público diversa da escolhida pelo legislador. Essa situação é indubitavelmente delicada quando se está diante de direitos sociais, ainda mais em controle concentrado com decisões de efeitos gerais. Afinal, decisões judiciais com impacto orçamentário resultam em redirecionamento e redimensionamento de políticas públicas escolhidas pelo Legislativo e Executivo, gestores diretos das receitas estatais.

A solução escoreita, ao reverso de uma postura proativa, sobretudo em tempo de austeridade financeira, seria de o Tribunal Constitucional exercer um mero controle judicial sobre as opções do legislador a partir de um controle de evidência? É o que será tratado no próximo

⁴⁵³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia – **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. p. 131-132.

⁴⁵⁴ SARMENTO, Daniel – **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. pp. 113-114.

⁴⁵⁵ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass – *Op. Cit.* p. 221-226.

4 O CONTROLE DE EVIDÊNCIA, PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS.

A questão principal em análise reporta ao grau de controle que especialmente o Tribunal Constitucional deve exercer sobre as medidas legislativas resultantes em redução de direitos sociais, especialmente em tempos de austeridade econômico-financeira, em meio ao controle abstrato sucessivo de constitucionalidade.

A discussão demanda uma tentativa de conceituação do que seja o controle de evidência, seguida de uma análise dos posicionamentos doutrinários divergentes a respeito dos limites de controle de constitucionalidade em matéria de direitos sociais, com abordagem de aspectos dogmáticos controversos envolvidos no tema, cabendo a menção a julgados do órgão de cúpula que tem a incumbência de exercer a fiscalização de constitucionalidade em Portugal.

4.1 Conceito de Controle de Evidência

A partir de alguns ensinamentos doutrinários é possível extrair o que seria o controle de evidência em matéria de invalidação de leis em meio à fiscalização de constitucionalidade no campo dos direitos sociais.

Seguindo lição de Jorge Reis Novais, quando questiona se é correto restringir a fiscalização de constitucionalidade nos domínios dos direitos sociais, é perceptível que o controle de evidência consiste numa atuação restrita do Tribunal Constitucional em matéria de controle de constitucionalidade, haja vista que, no campo dos direitos sociais, o órgão julgador somente estaria autorizado a aplicar princípios constitucionais para invalidar leis quando tais atos jurídico-políticos fossem manifestamente contrários à Constituição, ou seja, somente em caso de “contrariedade evidente” ao texto constitucional uma norma submetida a controle pelo Tribunal Constitucional poderia ser declarada inconstitucional⁴⁵⁶. Essa “contrariedade evidente”, com efeito, subsiste na hipótese de manifesta arbitrariedade do legislador ou ausência de qualquer racionalidade do ato legislativo, a partir da compreensão de que, em matéria de direitos sociais, há larga liberdade conformativa conferida ao legislador no tocante à regulamentação dos direitos sociais assegurados na norma fundamental⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 134-135

⁴⁵⁷ *Idem – Ibidem*.

O controle de evidência é fruto de um pensamento que vai para além dos limites territoriais do Tribunal Constitucional português, porquanto na Alemanha, por exemplo, concebeu-se uma graduação de intensidade de controle de constitucionalidade sobre medidas restritivas decorrentes de atos legislativos, da qual decorreu a distinção entre controle de evidência, controle de defensabilidade e controle substancial intensivo, na ordem de um controle da atividade do legislador mais ténue ao mais severo, a partir da aferição de que tipo de direito fundamental está sendo contrariado, situados os direitos sociais no plano dos direitos fundamentais com menor margem de controle judicial⁴⁵⁸. Esse controle mais brando sobre direitos sociais se justificaria mais ainda numa situação em que crise econômica sistêmica acaba por impor ao legislador a adoção de escolhas drásticas de austeridade resultante em redução de direitos sociais, em prol do alcance de um relevante interesse público também elevado à condição de valor constitucional a ser atentado pelo Tribunal Constitucional⁴⁵⁹.

O controle de evidência pode ser identificado a partir do que Luís Pereira Coutinho⁴⁶⁰ denomina de “*fórmulas de controle lasso*” como algo distinto de “*fórmulas de controle pleno ou estrito*”. Isto porque, as fórmulas de controle pleno estariam relacionadas à chamada “*fórmula do objeto*” como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição de discriminações, de modo que qualquer tentativa de se contrariar tais fórmulas, por parte dos agentes públicos, permitiria um controle judicial sem restrições por conta da negação a igualdade fundamental e ao pluralismo político.

Já no caso de “*fórmulas de controle lasso*”, trata-se de “*diretrizes de ação dirigidas ao legislador a que pode apenas corresponder, se tanto, um controle restrito por parte do juiz constitucional*”, casos em que a invalidação da solução legislativa somente ocorrerá em caso de não se identificar, “à evidência”, a prossecução do interesse público, ou na hipótese de o órgão julgador perceber uma nítida contradição entre a solução preconizada e o interesse público supostamente almejado⁴⁶¹. Assim, o referido controle é identificado quando a opção legislativa, afetando direitos sociais, mostra-se manifestamente contrária ao interesse público subjacente à norma, ou quando a solução escolhida pelo órgão legislativo não se mostra em consonância com o referido interesse, caso em que será admitida a interferência do Tribunal Constitucional.

⁴⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**.

⁴⁵⁹ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁶⁰ COUTINHO, Luis Pereira – Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. p. 257-258.

⁴⁶¹ *Idem* – Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. p. 257-258.

Ou seja, o modo atenuado de controle de constitucionalidade ora em estudo pressupõe a admissão de um escalonamento em termos de grau de intensidade de controle judicial sobre atos legislativos, a partir da admissão de uma também graduação de conformação legislativa em termos de regulamentação de direitos fundamentais. Aliás, José de Melo Alexandrino propõe diretrizes orientadoras a tal graduação de controle, ao afirmar que há “*controle estrito*” no que tange à posições constitucional integralmente acobertadas por regras, “*controle intermediário*” quando as posições jurídicas são protegidas por princípios, e um “*controle de evidência*” na situação de concretização pelo legislador, especialmente quando presente uma livre margem de conformação, sendo este último cabível também quando se está a tratar de princípios estruturantes materiais que constituem diretrizes ao legislador⁴⁶².

Assim, o controle de evidência é um modo tênue de controle judicial sobre atos legislativos, em que o Tribunal Constitucional só deve se arvorar no direito de declarar a inconstitucionalidade, de uma opção legislativa, quando houve “violação de regras ou desvio manifesto ao programa constitucional”⁴⁶³.

Ao mencionar especificamente os direitos sociais, José Carlos Vieira de Andrade sugere que, contrariamente aos direitos, liberdades e garantias que são de aplicabilidade direta e por isso passíveis de controle “*não de mera evidência*”, naqueles direitos fundamentais há necessidade de lei, ou seja, para além de um conteúdo mínimo que seria exigível judicialmente, os direitos sociais somente devem ser objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional quando houver “*expressa determinação constitucional*” ou expressa prestação legislativa, pelo que nesses cenários é que seria possível aferir uma evidente contrariedade a permitir o exercício do controle judicial⁴⁶⁴.

Ou seja, os programas políticos-legislativas estariam imunes a controle jurisdicional, exceto na situação em que se revelem em clara contrariedade às normas constitucionais ou transponham limites materialmente desarrazoáveis⁴⁶⁵. Ou como discorre Miguel Nogueira de Brito, “o papel do juiz constitucional deve cingir-se à aplicação de regras e a um controlo nas questões de princípio baseada na proibição do arbítrio”⁴⁶⁶, sob pena de operar-se uma substituição do legislador pelo Poder Judiciário⁴⁶⁷.

⁴⁶² ALEXANDRINO, José de Melo – Jurisprudência da crise. Das Questões Prévias às Perplexidades. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. p. 67 - 68.

⁴⁶³ *Idem* – *Ibidem*.

⁴⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira – In **Anuário português de direito constitucional**. p. 140.

⁴⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gome – Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos económicos, sociais e culturais. p. 107.

⁴⁶⁶ BRITO, Miguel Nogueira – Medida e Intensidade do Controle de Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. p. 107-131.

⁴⁶⁷ *Idem* – *Ibidem*.

Com efeito, esse modo comedido de fiscalização de constitucionalidade pressupõe a admissão de tipologias distintas de direitos fundamentais, em que direitos sociais, típicos direitos fundamentais abrangidas pelo alcance de um controle de evidência, serão direitos não resistentes ao legislador⁴⁶⁸, disso decorrendo que esse grau mínimo de controle de constitucionalidade, caso admitido, é o que se sucede apenas na hipótese de detecção de opção legislativa arbitrária, irracional, na qual o vício do ato objeto de fiscalização é clarividente, decidido pela totalidade dos Juízes, ou seja, em julgamento unânime⁴⁶⁹.

Diante do exposto, é possível concluir que controle de evidência é uma forma de controle judicial sobre atos oriundos do Parlamento em que, apenas em caso de violação manifesta, clarividente, deverá o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma opção legislativa que regule direitos fundamentais sujeitos à uma maior liberdade conformativa, a exemplo do que ocorrer com os direitos sociais.

Aliás, para Paulo Mota Pinto, um cenário de contenção orçamental potencializa a necessidade de se atentar a tal controle de evidência, na medida em que o órgão julgador, dentro do juízo de ponderação entre a garantia de preservação integral de direitos sociais, de um lado, e razões de preservação do interesse público relacionadas à manutenção de medidas de contenção orçamental, de outro, há de fazer prevalecer este último, porquanto num cenário de austeridade não há que se falar em violação à proteção da confiança que imponha a declaração de constitucionalidade da opção legislativa, já que tal cenário é sabido pelos destinatários da norma e as medidas de austeridade são reversíveis⁴⁷⁰.

De todo modo, em razão de ser papel do Tribunal Constitucional a defesa em último grau da norma fundamental, a admissão do controle de evidência suscita debate que expõe argumentos favoráveis e argumentos desfavoráveis a uma atuação mais branda do órgão judicial, em matéria de controle de constitucionalidade sobre legislação restritiva de direitos sociais.

4.1.1 Argumentos favoráveis ao controle de evidência

⁴⁶⁸ AMARAL, Maria Lúcia apud NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 143.

⁴⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 143.

⁴⁷⁰ PINTO, Paulo Mota – A Proteção da Confiança na Jurisprudência da Crise. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. p. 163-173.

A aplicação do controle de evidência, em matéria de fiscalização de constitucionalidade incidente sobre os direitos sociais, pressupõe a admissão de alguns argumentos suscitados no campo doutrinário.

O primeiro passível de destaque é o de que os direitos sociais seriam direitos não determinados ou determináveis em nível constitucional, a partir da compreensão de que o legislador ordinário é que irá traçar as realizações materiais desses direitos, ou seja, o argumento de que esses direitos menos resistentes a leis estão submetidos a uma maior liberdade conformativa do legislador⁴⁷¹. Trata-se, portanto, do argumento baseado na categorização de direitos fundamentais em grupos mais e menos resistentes à lei, ou seja, baseado na ideia de direitos fundamentais pertencentes a regimes diversos⁴⁷², que por conta disso torna admissível um abrandamento no controle incidente sobre leis que versam sobre direitos sociais⁴⁷³. Afinal, como afirma Ricardo Branco, “quanto menor é a pré-determinação constitucional, menor é o controle jurisdicional de constitucionalidade à sua sombra produzida”⁴⁷⁴, como no caso dos direitos sociais. O autor defende o controle de evidência quando afirma que a função do Tribunal Constitucional, em matéria de fiscalização de constitucionalidade, fica adstrita em aferir a conformidade da norma objeto de controle com o Direito Constitucional, de modo que a invalidação da opção legislativa só subsistirá escoreta se for “*inequivocamente contrária à ordem constitucional*”⁴⁷⁵.

Não é por razão distinta que Maria Lúcia Amaral faz menção aos direitos sociais como direitos fundamentais não resistentes à lei, por isso seu posicionamento reflete, em certo grau, uma negação à existência da vinculação ora em discussão, ou no mínimo defende os direitos sociais como matéria situada em campo normativo no qual o Parlamento tem amplo poder de atuação, cabendo-lhe legislar com vasta margem de discricionariedade, competindo o controle judicial, por meio de um “*controle de evidência*, apenas quando o poder regulamentar agir de forma puramente arbitrária e irracional”⁴⁷⁶.

O pensamento se alinha com o espírito de limitação do Poder estatal num Estado constitucional de Direito, em que um dos cernes de tal limitação é compreender a distinção das

⁴⁷¹ AMARAL, Maria Lúcia apud NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 140-141.

⁴⁷² NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 140-141.

⁴⁷³ *Idem* – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 143.

⁴⁷⁴ BRANCO, Ricardo – “Ou sofrem todos, ou há moralidade”: Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 05 de julho. In *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. p. 342.

⁴⁷⁵ *Idem* – “Ou sofrem todos, ou há moralidade”: Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 05 de julho. In *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. p. 342.

⁴⁷⁶ AMARAL, Maria Lúcia apud NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 143

funções dos poderes constituídos e os limites de interpenetração de um poder nas funções típicas do outro. Assim, o controle de evidência constitui, para essa corrente de pensamento, um atendimento ao espírito constitucionalista de organização do Estado.

Ademais, a não atenção a uma liberdade de conformação do legislador, em meio à fiscalização de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, pode resultar numa não desejada <<judicialização do político>> ou <<politização da justiça>>, pois o controle há de ficar adstrito a limites externos dos atos legislativos, não permitida uma reanálise de aspectos políticos subjacentes à vontade legislativa, a exemplo de questão extrajurídicas de ordem econômica e social⁴⁷⁷. Essa situação é identificável com as medidas legais de austeridade adotadas pelo governo português anteriormente referidas, isto porque a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais são marcados pela “*gradualidade*” de realização e pela “*dependência financeira*” referida na “reserva do possível”⁴⁷⁸, e que por isso os direitos fundamentais, inseridos nesse grupo normativo, trariam quase sempre ínsita consigo uma omissão por parte do Poder Público⁴⁷⁹. Ou seja, a volatilidade das possibilidades financeiras torna possível a ampliação ou redução de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais, com a sempre revelação de um algo a mais que pode ser prestado pelo Estado, ou necessidade de redução em tempos de crise econômica.

Ademais, sustenta-se que os direitos sociais em geral não são verdadeiros “*trunfos*”⁴⁸⁰, ou seja, não se trata de direitos opostos contra a prossecução de interesses públicos, portanto “*não qualificado com um “peso de referência”*” – já que em seu favor não militam razões constitutivas determinantes e nem a sua concretização pode ser determinadamente feita a partir pura e simplesmente do texto constitucional, de modo que durante o período de crise econômica apenas se admite um “*controle lasso, quando esteja em causa requisitos mínimos de racionalidade pública*”⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ LIEBMANN, Pflichtgemässes Ermessen apud CANOTILHO, J. J. Gomes - **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 240-241.

⁴⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gome – **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. p. 107.

⁴⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. p. 383-384.

⁴⁸⁰ “Tomamos a expressão “trunfos” naquele que nos parecer ser o sentido dworkiniano mais preciso: o que está em causa é dotar os indivíduos de posições que os mesmos podem opor à prossecução de interesses públicos ou coletivos – interesses que, de outro modo, lhe poderiam impor perdas ou sacrifícios, Os “trunfos” não são então meramente posições sob reserva de ponderação, mas posições com um “peso de referência contra prossecução dos interesses coletivos em geral”, cfr. *Taking Rights Seriously, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 92*” (COUTINNO, Luís Pereira – Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. p. 258-259).

⁴⁸¹ COUTINNO, Luís Pereira – Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. p. 258-261.

O controle de evidência é defendido também a partir de um raciocínio de que o Poder Judiciário, assim como os demais poderes, é limitado, e que quando o Tribunal Constitucional dá amostras de não reconhecer limites constitucionais aos seus poderes em matéria jurídico-constitucional, ele se coloca na condição de protagonista por meio de um inadequado dirigismo constitucional⁴⁸², ou seja, um sistema de divisão de poderes em que há uma concentração prevalecente de poder nas mãos do órgão que, por meio da aplicação de princípios de conteúdo aberto, dá a palavra final sobre as opções escolhidas pelo legislador, inclusive em matéria de direitos sociais. Tal aspecto pode levar a um decisionismo jurisprudencial furtivo.

Noutros termos, o adensamento de um controle judicial lastreado em princípios de conteúdo aberto, embora possa transparecer uma tentativa de alcançar um equilíbrio entre os poderes, pode ao mesmo tempo acarretar um decisionismo baseado numa ideia pretensiosamente equivocada de que o Tribunal Constitucional seria a mais alta instância moral da sociedade⁴⁸³.

Nesta linha de pensamento, importante destacar ensinamento de Karl Loewestein para quem,

Ao se conferir aos tribunais o direito de frustrar uma decisão política do Governo ou do Parlamento, corre-se o perigo ou de a decisão dos tribunais não ser acatada ou de a decisão política do Governo ficar substituída por um ato judicial que, embora revestido jurídico-constitucionalmente, não é senão um ato político de pessoas sem mandato democrático⁴⁸⁴.

Ou seja, parte-se da crítica de que o Poder Judiciário não possui representatividade eletiva para tomar decisões em matéria de interesses reais dos cidadãos, porquanto não se trata de gestores públicos⁴⁸⁵, afora o fato de que nenhuma garantia há de que um governo de juízes seria melhor do que o dos representantes eleitos, correndo-se o risco de politizar o Poder Judiciário por efeito de aplicação de valores e princípios constitucionais abertos, em detrimento das opções do legislador atenta a um cenário de austeridade financeira.

O problema do argumento ora em questão é uma tendente aproximação com a “*teoria da autoridade*” proposta por Jeremy Waldron, cuja posição defende que não há um verdadeiro

⁴⁸² MEDEIROS, Rui – A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a Crise**. p. 268-271.

⁴⁸³ MÖLLER, Max – **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. p. 204-209.

⁴⁸⁴ LOEWESTEIN, Karl apud MIRANDA, Jorge - **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 507-508.

⁴⁸⁵ APPIO, Eduardo – **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 158.

conflito entre democracia e Estado de Direito, ao contrário, há congruência. Para Waldron, o que pode haver é um desacordo entre conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, porém o critério majoritário há de prevalecer por retratar a vontade da soberania popular, pois, para o autor, a maioria nunca viola os direitos fundamentais, de modo que somente em situações excepcionais seria correto admitir o controle judicial e isso somente em casos de direitos funcionais atinentes à regularidade dos processos democráticos “ou, quando muito, que constituam condições de qualidade de vida democrática”⁴⁸⁶.

Convém lembrar que o pensamento de Waldron resulta numa hierarquização de postulados fundamentais, sem considerar que muitas vezes as opções legislativas, fundamentadas numa retórica de atendimento a planos de austeridade económica, pode retratar violação de direitos cuja proteção poderá ser submetida ao órgão de interpretação última em matéria constitucional.

O controle de evidência ganha reforço num cenário de austeridade, na medida em que, para a corrente de pensamento defensora desse controle, uma situação de austeridade económica demanda o reconhecimento de uma jurisprudência constitucional especial atenta à crise⁴⁸⁷, ou seja, a interpretação da norma constitucional deve se fazer tendo em vista uma realidade socioeconómica que se impõe e que não pode ser ignorada pelo sujeito intérprete. A alteração dos fatos sociais reveladora de um cenário de austeridade impõe uma modificação informal da Constituição pela via da interpretação, como no caso da admissão do controle de evidência⁴⁸⁸.

Paulo Mota Pinto argumenta que as medidas governamentais de austeridade, para além de atenderem a compromissos assumidos legitimamente por Portugal no plano internacional, são marcadas pela reversibilidade em decorrência da possibilidade de revisão da lei, dentro de uma natural dinâmica das escolhas coletivas, amparada em valores democráticos⁴⁸⁹, ou seja, podem ser obtemperadas ou eliminadas quando se suceder um cenário económico favorável. Logo, o Estado está autorizado a diminuir custos por meio da redução de políticas sociais, até porque em Portugal o sistema de prestações sociais não é de capitalização, em que as prestações sociais correspondem à proporção da contribuição dos beneficiários, mas sim de repartição com financiamento público, em que a limitação dos recursos públicos, num cenário de crise, acarreta

⁴⁸⁶ WALDRON, Jeremy apud NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. Coimbra, 2012. p. 33-35.

⁴⁸⁷ PEREIRA, Ravi Afonso – Igualdade e Proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. In **REDC**. pp. 358-359.

⁴⁸⁸ MORAIS, Blanco - “As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”. In **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. pp. 55 ss.

⁴⁸⁹ PINTO, Paulo Mota – *Op. Cit.* p. 174-175.

a necessidade de medidas legislativas de austeridade, aplicando-se o princípio da solidariedade⁴⁹⁰.

Assim há de se observar a discricionariedade no plano da tomada de decisões pelo legislador e, com isso, somente cabe ao Tribunal Constitucional exercer a fiscalização de constitucionalidade da atuação legislativa, fora dos casos de total determinação normativa prévia, “quando as incertezas normativas que se anteponham se mostrem solucionáveis através de métodos discursivo-teóricos, e nunca quando a hipótese causal escolhida pelo órgão não possa ser considerada desnecessária ou inadequada”⁴⁹¹, isso sob uma perspectiva meramente jurídica.

O Tribunal Constitucional português transpareceu afinar-se com a ideia de controle de evidência quando do julgamento no Acórdão n.º 396/2011, num caso em que um conjunto de Deputados requereram a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes nos artigos 19.º, 20.º e 21.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2011), que estabeleciam redução definitiva e permanente das remunerações de diversas categorias de trabalhadores e dirigentes da Administração Pública e instituições equiparadas⁴⁹².

Numa breve contextualização da discussão jurídica do sobredito caso, cumpre destacar que o requerimento de inconstitucionalidade se fundamentou, basicamente, no argumento de que: a redução das remunerações teria tido um carácter definitivo, sem qualquer cláusula de temporalidade; violação à irredutibilidade que, apesar de aplicável aos trabalhadores submetidos a normas de Direito do Trabalho, estende-se aos trabalhadores da Administração Pública; elaboração de lei sem consulta às entidades representativas dos trabalhadores, resultando em violação ao art. 54.º, n.º 5, alínea “d” e 56.º, n.º 2, alínea “a”, da CRP; violação ao princípio da proteção da confiança (que traduz a incidência subjetiva da tutela da segurança jurídica), a partir de uma leitura do art. 2.º da CRP que estabelece o Estado de Direito como postulado, criando-se uma relação de confiança entre os cidadãos, relação abalada pelas medidas de austeridade; por fim, invocou-se a violação ao princípio da igualdade, na medida em que atingindo apenas trabalhadores da Administração Pública, outros trabalhadores pagos pelo Estado teriam sido deixados de fora do alcance das medidas de austeridade⁴⁹³.

⁴⁹⁰ LOUREIRO, João Carlos – Cortes, Pensões E Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente. In **O Tribunal Constitucional e a Crise**. p. 196-198

⁴⁹¹ SCHMIDT, Walter apud BRANCO, Ricardo – “Ou sofrem todos, ou há moralidade”: Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 05 de julho. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. p. 342.

⁴⁹² CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 218.

⁴⁹³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 217-226.

Para além do reconhecimento de que a imposição de sacrifícios a alguns se justificasse pela necessidade de tutela do interesse público, o Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento, afirmou que,

as reduções remuneratórias integraram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas financeiras basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.⁴⁹⁴

No sobredito julgamento, o órgão julgador assinalou a necessidade de observância da independência do legislativo, quando se compreender ser vedado ao Poder Judiciário reavaliar as escolhas políticas no que tange às medidas adotadas, embora com a ressalva de que ao Poder Judiciário compete analisar a arbitrariedade ou não da escolha do legislador⁴⁹⁵.

Ou seja, o Tribunal Constitucional reconheceu uma limitação no seu poder de interferir nas escolhas legislativas sobre medidas de controle do déficit público, atentando ao postulado da separação de poderes. Assim, apenas à luz de um controle de evidência, detectada eventualmente uma medida legislativa violadora do postulado da proporcionalidade, é que seria autorizado o Tribunal Constitucional a invalidar um ato legislativo de austeridade económica com redução de direitos sociais. Afinal, ainda que se argumente que a “*proibição de retrocesso*” possa ser extraída de postulados constitucionais como a segurança jurídica e devido processo legal em seu sentido substancial, tal proibição não pode engessar o debate democrático em meio às novas escolhas legislativas⁴⁹⁶.

Conforme ensina Ravi Afonso Pereira,

Estando em causa interações complexas, com repercussões sistêmicas imprevisíveis, como é o caso da consolidação das finanças públicas no contexto da crise da dívida soberana, o legislador goza de uma ampla margem de liberdade para efetuar juízos de prognose, devendo a justiça constitucional limitar-se a um controle de evidência⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ URBANO, Maria Benedito – *Op. Cit.* p. 24.

⁴⁹⁵ *Idem* – *Op. Cit.* p. 25.

⁴⁹⁶ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 266.

⁴⁹⁷ PEREIRA, Ravi Afonso – *Op. Cit.* p. 369.

Por fim, não se pode negar que a corrente doutrinária favorável ao controle de evidência forma sua concepção a partir de elementos da ciência política e do direito constitucional, contudo é passível de críticas, ou seja, de contrapontos solidamente fundamentados em postulados constitucionais.

Seguem, no item a seguir, argumentos contrários ao controle de evidência.

4.1.2 Críticas à ideia de controle de evidência

O posicionamento crítico ao controle de evidência está alicerçado, dentre outros aspectos, na compreensão de que os poderes estatais possuem, num Estado constitucional de Direito, uma “*relação imperfeitamente especificada*”, em que cada órgão soberano exerce sua função nos moldes do processo traçado pela norma fundamental⁴⁹⁸, competindo ao Poder Judiciário exercer, em caráter subsidiário, o controle do Poder Legislativo, nas hipóteses de ação ou omissão inconstitucional do Parlamento. Tal compreensão se aplica em matéria de direitos sociais, pois estes nem sempre não estão suscetíveis de aplicação imediata, assim como nem sempre dependem de atuação legislativa, o que oportuniza a provocação direta do Poder Judiciário enquanto órgão garantidor dos valores democráticos, ainda que não se trate de uma solução contramajoritária. Pensar de forma diferente seria admitir a opção do legislador como algo irremediável, o que não se coaduna com o Estado lastreado em norma constitucional⁴⁹⁹.

A jurisdição constitucional no Estado Contemporâneo, sobretudo considerando a fase atual do constitucionalismo, não pode se adstringir a uma interpretação meramente formal da norma fundamental, porquanto é função do Poder Judiciário promover a paz social, integrando interesses de maioria e minoria, ainda que se considere tal solução de raiz contramajoritária⁵⁰⁰.

A propósito, como bem destaca Jorge Reis Novais⁵⁰¹, a norma fundamental não tem feição de mera obrigação moral, mas sim consiste num conjunto de valores obrigatórios normativamente consagrados, que vinculam a maioria política, de modo que o Tribunal Constitucional é o órgão independente que deve fazer valer a vontade do constituinte, independentemente de estar julgando caso envolvendo direito social em tempo de crise econômica.

Ademais, o direito constitucional é o ramo que dita o poder político num Estado de Direito, impondo ao poder político legitimar suas ações e censurando suas omissões, sendo a Constituição

⁴⁹⁸ QUEIROZ, Cristina – **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional**. p. 322.

⁴⁹⁹ CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 202.

⁵⁰⁰ QUEIROZ, Cristina – **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional**. p. 155.

⁵⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 29.

um “documento político” que instrumentaliza tal legitimação e os direitos fundamentais sociais constituem posições cuja tutela não pode ficar ao talante da maioria parlamentar⁵⁰². A função da Constituição é “retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria, por intermédio de um sistema de direitos fundamentais que serve como critério último de validade de toda a ordem jurídica”⁵⁰³, não havendo na CRP nenhuma previsão normativa que remova os direitos sociais da referida função.

Com efeito, é incumbência do Tribunal Constitucional cesurar o legislador “na medida em que este está vinculado à Constituição”⁵⁰⁴, por isso a autolimitação do juiz constitucional em matéria de fiscalização de constitucionalidade em matéria de direitos sociais, a pretexto de se tratar de matéria que orbita no plano da “política”, viola a Constituição⁵⁰⁵. O controle de evidência acaba por retratar uma autolimitação da função jurisdicional em matéria de fiscalização de constitucionalidade.

A propósito, identificando o Estado como tendo passado por três fases distintas quanto à evolução do tratamento dos direitos sociais, no caso, pré-modernidade (Estado Liberal); modernidade (Estado Social) e pós-modernidade (Estado Neoliberal), existem traços evidentes de que nesta última fase, relacionada a um modelo neocapitalista, o Estado procura justificar suas políticas pelo critério econômico⁵⁰⁶, muitas vezes resultante em investidas estatais no sentido de restringir, de forma desmedida, direitos sociais.

Nesse contexto, cabe ao Tribunal Constitucional fazer valer a Constituição, mesmo que para tanto afira violação de princípios por parte do legislador. Afinal, a violação da Constituição abarca violação de regras e princípios constitucionais, sendo que em muitas ocasiões uma atuação com completude por parte do Tribunal Constitucional demandará uma aferição de inconstitucionalidade para além de um controle lasso.

Os direitos sociais, previstos na norma fundamental portuguesa, devem ser tratados como autênticos direitos fundamentais, logo, incabível trata-los como direitos fundamentais enfraquecidos ou direitos não resistentes à lei, que tragam em si a necessidade de observância do controle de evidência como norte de atuação jurisdicional em sede de fiscalização de constitucionalidade⁵⁰⁷.

O fato de a atuação do Poder Judiciário na fiscalização de constitucionalidade se apresentar como uma solução contramajoritária não lhe retira o caráter democrático de modo a impor um

⁵⁰² CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 212.

⁵⁰³ QUEIROZ, Cristina – **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional.** p. 331-332.

⁵⁰⁴ MENDES, Gilmar apud CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 212-213.

⁵⁰⁵ MOREIRA, Vital – *Op. Cit.*

⁵⁰⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes apud CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 216.

⁵⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos.** p. 148-149.

controle judicial mais restrito em matéria de prestações sociais. O Tribunal Constitucional como órgão maior de uma justiça constitucional, constitui aspecto que se insere numa normalidade democrática⁵⁰⁸, no sentido de que no Estado de Direito o Poder Judiciário dá a última palavra em sede de aplicação da norma fundamental, como ocorre em Portugal, sem contar que os juízes do Tribunal Constitucional são escolhidos segundo critérios previstos na CRP e por decisão de representantes eleitos, o que de certo modo imuniza argumento que tenta convencer sobre uma não legitimidade democrática do Poder Judiciário. Noutros termos, embora Kelsen tenha defendido que a composição do tribunal com competência jurisdicional constitucional deveria estar ao máximo imune a influências políticas⁵⁰⁹, tal anseio fica um pouco frustrado nos dias de hoje diante dos mecanismos de contenção dos poderes previstos nas constituições modernas, situação existente na CRP, em se tratando de Tribunal Constitucional português, porquanto dos treze ministros dez são escolhidos pela Assembleia da República, conforme já abordado. De todo modo, essa escolha reforça o caráter democrático do órgão responsável pela interpretação última em matéria constitucional.

O constitucionalismo português transparece um movimento de potencialização da atividade de controle jurisdicional. Isto porque, se inicialmente o controle de constitucionalidade era meramente político em Portugal, com a vigência da CRP/1976 percebe-se uma ampliação do espectro de atuação da jurisdição constitucional, o que deve ser observado em termos de leitura do controle judicial sobre as opções legislativas restritivas de direitos fundamentais sociais, inclusive em tempos de crise econômica. Eventual posicionamento de restrição do controle jurisdicional, como é o caso do controle de evidência em matéria de direitos sociais, representa um retrocesso a esse movimento.

O controle de evidência retrata, de certo modo, uma restrição ao dever de guardião maior da Constituição conferido ao TC, o que não se coaduna com a estrutura de poder e de proteção dos direitos fundamentais dentro de um Estado constitucional de Direito.

O argumento da indeterminabilidade dos direitos sociais como justificador de um controle de evidência, defendido pelos entusiastas do controle de evidência, é questionável na medida em que, estabelecida a quantidade de acesso às prestações sociais, notadamente no plano infraconstitucional em matéria de políticas públicas, tais direitos sociais são de obrigatoriedade do Estado, não obstante limitações financeiras existentes em cenário de queda de arrecadação pelo Poder Público. Diante disso, restrições de prestações sociais, constantes de

⁵⁰⁸ OMMATI, José Emílio Medauar – **Teoria da Constituição**. p. 200.

⁵⁰⁹ KELSEN apud LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – *Op. Cit.* p. 461.

atos legislativos, não estão imunes à fiscalização de constitucionalidade⁵¹⁰. Ou seja, fixado o nível de proteção, ainda que o conteúdo seja definido em sede infraconstitucional, o Tribunal Constitucional tem como identificar se alteração legislativa posterior foi aviltante a normas ou princípios constitucionais⁵¹¹.

A defesa de um controle de evidência destinado apenas aos direitos sociais transparece preconceito especificamente a tal categoria de direitos, o que é baseado numa ideia de indeterminabilidade enquanto rótulo dos direitos sociais⁵¹².

À defesa do controle de evidência se contrapõe a concepção de que, alterações legislativas restritivas, baseadas no discurso de necessidade de ajuste das contas públicas, operam-se no nível do direito constitucional derivado, pelo que devem atender a um conteúdo essencial dos preceitos constitucionais⁵¹³. Ou seja, o mínimo essencial, enquanto núcleo intangível dos direitos sociais, quando atingido, torna apta a intervenção judicial sobre as opções legislativas⁵¹⁴.

A reserva do possível, embora justifique em certa medida a restrição dos direitos sociais, deve ser compreendida a partir de um limite de restrição oponível ao legislador, que em muitos casos é levado ao Tribunal Constitucional por meio de fiscalização abstrata sucessiva de constitucionalidade.

Nesse aspecto, mesmo que se admita que a implementação de direitos sociais esteja condicionada à disponibilidade orçamental, tal aspecto não conduz à conclusão de que num

⁵¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 149-153.

⁵¹¹ Interessante destacar trecho da obra do autor Jorge Reis Novais quando discorre: “Por isso, é verdade que quando, em 1976, a Constituição portuguesa consagrou o direito à saúde, o direito à segurança social, o direito ao ensino ou o direito ao trabalho como direitos fundamentais, não era possível dizer, naquele exato momento e que *quantidade* de acesso a esses bens os portugueses teriam direito, o que poderiam ou não exigir do Estado nessa altura o que os tribunais podiam ou não impor ao cumprimento dos poderes públicos. Então, era correto dizer que, na sua dimensão prestacional, ou seja, na parte em que esses direitos exigiam uma atuação do Estado, o conteúdo dos direitos era relativamente indeterminado. No entanto, já nessa altura, seria errado qualificar os direitos sociais como *não resistentes à lei*. Sendo considerados pela Constituição com direitos fundamentais isso significa que o legislador só se pode mover nessa área, desde então, de forma condicionada, limitada, e, por exemplo, se o legislador afectasse garantias que os portugueses tivessem nos domínios da saúde ou da segurança social, suscitar-se-ia, imediatamente, uma questão de constitucionalidade, os direitos em causa resistiriam à lei. Mas sendo essa a situação inicial, as coisas mudam substancialmente quando, nos anos seguintes, se fazem reformas da segurança social, se concretizam aqueles direitos, se organiza um Serviço nacional de Saúde. Então, a relativa indeterminação de conteúdo, que existiria num primeiro momento, é definitivamente ultrapassada, os direitos em causa adquirem um conteúdo concreto bem determinado, bem estabelecido, as pessoas sabem o que têm ou não o direito, na quantidade precisa com grau de determinação máximo. Logo, se hoje o legislador afecta po direito à pensão, se por exemplo, reduz o valor nominal de uma pensão atribuída, trata-se claramente de uma restrição de maior gravidade a um direito constitucionalmente e, obviamente, o Tribunal Constitucional tem a controlar a respectiva constitucionalidade através de escrutínio de máximo rigor (NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 149-150).

⁵¹² NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 149-153.

⁵¹³ COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da – Constituição e Justiça Constitucional. In **Anuário Português de Direito Constitucional**. p. 126-139.

⁵¹⁴ *Idem* – *Ibidem*.

cenário de crise econômica os direitos sociais são relativizados. Isto porque, os direitos sociais, em tempos de crise, não somente estão em plena vigência como também devem ganhar um maior rigor de aplicabilidade, porque é em cenário de austeridade que os direitos sociais, econômicos e culturais ficam mais vulneráveis, o que impõe uma maior vigilância por parte do Tribunal Constitucional.

A efetivação dos direitos sociais é um compromisso assumido por um Estado Social que consagra essa espécie de direito fundamental. A garantia de direitos não se restringe à liberdade no sentido de proteção em relação às investidas do Estado, pois deve-se colocar à disposição das pessoas os meios materiais imprescindíveis ao exercício das liberdades fundamentais⁵¹⁵. O controle de evidência pode resultar na negação desse compromisso constitucionalmente assumido na CRP, na medida em que ressalta que possível restrição prejudicial aos direitos fundamentais, notadamente em período de crise, pode ficar fora da aferição do Tribunal Constitucional quando do exercício da fiscalização de constitucionalidade.

No atual estágio pós-positivista em que houve substancial posituação de princípios gerais de direitos, as escolhas discricionárias do legislador não só podem como devem ser submetidas ao controle jurisdicional, em meio ao fenômeno da “principalização da jurisprudência, por intermédio da Constituição”⁵¹⁶, de modo que tais normas de conteúdo aberto alargaram a margem de vinculação das opções legislativas que necessariamente devem atender postulados fundamentais, a exemplo, no caso da CRP, da proibição do retrocesso, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e proteção da confiança legítima⁵¹⁷. Um cenário de crise econômica não excepciona esse quadro interpretativo, o que não quer dizer que o Tribunal Constitucional deva ignorar a realidade socioeconômica que lhe é posta à análise, quando do juízo de confrontação entre lei e Constituição⁵¹⁸.

A CRP é uma Constituição Dirigente, ou seja, enuncia programas e valores que constituem deveres do Estado e acorrentam a sociedade politicamente organizada a assegurar direitos fundamentais, inclusive de ordem econômica e social em meio a ações prestacionais⁵¹⁹. Uma restrição do controle judicial sobre as opções legislativa compromete tais valores e programas.

⁵¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira apud CAMBI, Eduardo – Op. Cit. p. 215.

⁵¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. p. 42.

⁵¹⁷ CANOTILHO, J.J Gomes – **A “principalização” da jurisprudência através da Constituição**. p. 83.

⁵¹⁸ URBANO, Maria Benedito – Op. Cit. p. 15.

⁵¹⁹ CARNEIRO, Claudio – Op. Cit. p. 147.

Um exemplo de julgado mais inclinado a acolher a corrente ora em exame, é o Acórdão n.º 353/2012, consistindo em decisão na qual o Tribunal Constitucional reavaliou a liberdade de conformação política do legislador⁵²⁰.

No sobredito caso, um grupo de Deputados da Assembleia da República requereu ao TC a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes nos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011 (Lei Orçamental de Estado de 2012), cujo regramento tratou de suspensão de pagamento de subsídio de férias e de Natal, mantendo-se as medidas de redução remuneratória consagradas na Lei Orçamental de 2011, sendo que a suspensão abrangeria aposentados e reformados, inclusive do setor privado, não ficando a medida de austeridade adstrita ao setor público, muito menos para servidores públicos⁵²¹.

Por ocasião do julgamento, o Tribunal Constitucional externou que a liberdade conformativa do legislador, mesmo em tempo de crise, não pode ser ilimitada, sendo que nesse caso a constitucionalidade da medida restritiva de direitos sociais foi analisada a partir da aplicação do princípio da igualdade, mas especificamente da igualdade proporcional⁵²². Reconheceu-se como inconstitucional a não observância da diferença entre trabalhadores da iniciativa privada e do setor público para efeito de arcarem na mesma proporção com a medida de austeridade.

Com efeito, embora reconhecendo que não compete ao Tribunal Constitucional apreciar o grau de bondade das medidas de austeridade implementadas, até porque tais elementos constituem aspectos extrajurídicos que fogem de um parâmetro de controle de constitucionalidade, afirmou-se a possibilidade de se aferir a arbitrariedade das medidas⁵²³.

Ou seja, o próprio Tribunal Constitucional, a partir da aplicação de princípio da igualdade, adentrou na análise da constitucionalidade da opção legislativa, o que, diante da própria abertura da norma adotada como parâmetro, não transparece um alinhamento com o controle de evidência na medida em que a confrontação da lei objeto da fiscalização, com a norma constitucional de conteúdo aberto, não retrata contrariedade manifesta, irracional no sentido defendido pelos entusiastas de uma posição contida do Tribunal Constitucional.

⁵²⁰ URBANO, Maria Benedito – *Op. Cit.* p. 24.

⁵²¹ CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 226-228.

⁵²² *Idem* - *Op. Cit.* p. 226-228.

⁵²³ URBANO, Maria Benedito – *Op. Cit.* p. 25.

4.2 O Controle de Evidência, em Matéria de Direitos Fundamentais Sociais, em Tempos de Crise, deve ser uma Afirmação do Dogma do Legislador Negativo?

O controle de evidência, no que se refere à atuação do Tribunal Constitucional em matéria de fiscalização de constitucionalidade sobre opções legislativas, em matéria de direitos sociais, é ou deve ser uma afirmação do dogma kelseniano do legislador negativo, especialmente em tempos de crise econômica?

Ricardo Branco defende posição da qual é possível extrair resposta à sobredita indagação, pois o autor afirma que a função do Tribunal Constitucional, em matéria de fiscalização de constitucionalidade, há de se concentrar numa aferição de simples invalidação ou não da norma objeto de controle, sem que o Poder Judiciário tente qualificar ou harmonizar interesses públicos, o que é reforçado quando se tem como objeto de controle matéria em que a margem de discricionariedade legislativa é maior⁵²⁴.

Seguindo a corrente defensora do controle de evidência, argumenta-se, também, que não compete ao Tribunal Constitucional o exercício do controle de constitucionalidade por meio do qual julgue baseado em normas-princípios de conteúdo aberto, na medida em que se confere amplo poderes ao Tribunal Constitucional para, a partir de ponderações, valorações e argumentações, acabar o intérprete por adentrar num plano de interpretação sem fundamentação objetiva⁵²⁵.

De todo modo, foi abordado que mesmo os entusiastas do controle de evidência admitem que a invalidação do ato legislativo pode ocorrer quando violar o princípio da proibição do excesso, consagrado nos artigos 18.º/3, 19.º e 272.º da CRP.

Assim, se não há uma negação total por parte dos entusiastas do controle de evidência, no tocante à adstrição do TC a uma função de mero legislador negativo, a esse entendimento a corrente ora mencionada se aproxima, haja vista que o que se defende é uma acentuada restrição à utilização de decisões interpretativas, especialmente as substantivas. Isto porque, para Kelsen, a questão da constitucionalidade é elemento intrínseco ao sistema de graduação da estrutura hierárquica da ordem jurídica, cabendo à jurisdição constitucional não uma função criadora,

⁵²⁴ BRANCO, Ricardo – “Ou sofrem todos, ou há moralidade”: Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 05 de julho. In *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. p. 342.

⁵²⁵ COUTINHO, Luís Pereira – Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional. In *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. p. 250.

pois esta somente compete ao legislador positivo (Parlamento)⁵²⁶. Logo, a relação de conformidade entre lei e Constituição deve ser apurada apenas sob um ponto de vista do procedimento de aprovação, ou, excepcionalmente, também material, neste caso quando a lei estiver nitidamente em contraposição a um comando constitucional de conteúdo normativo suficientemente determinado⁵²⁷.

Ou seja, em termos de inconstitucionalidade material, quando Kelsen afirma que a inconstitucionalidade da lei será declarada apenas quando inequivocamente estiver em contradição com um conteúdo da Constituição, e ainda assim em caráter excepcional, exsurge que tal pensamento se aproxima à ideia de controle lasso incidente sobre as escolhas legislativas em matéria de direitos sociais, especialmente em tempos de crise, já que parte da ideia de restrição de interferência jurisdicional na liberdade do legislador.

O dogma do legislador negativo tem como elemento implícito o imperativo de autocontenção dos juízes constitucionais. Ou seja, ele se compatibiliza com a pensamento de que a inexistência de lei sobre direitos sociais não admite o suprimento de lacuna normativa pelo Tribunal Constitucional que, tampouco, possui o poder de atualizar ou adequar as regras, e isso a partir de uma compreensão de divisão de funções entre os poderes estatais⁵²⁸.

Aliás, o pensamento em referência dá aso à admissão do princípio do “*in dubio pro medidas anti-crise*” defendido por Maria Benedito Urbano⁵²⁹, quando a autora sustenta que, em razão da dificuldade de se estabelecer uma linha delimitadora entre o que é um julgamento constitucional e o que é um julgamento político, em matéria de direitos sociais, especialmente em tempos de austeridade, há de prevalecer a opção adotada pelo legislador cujo o objetivo é alcançar o equilíbrio das contas públicas.

A corrente defensora do controle de evidência, como não alinhada à visão unitária em termos de regime dos direitos fundamentais, estabelece distinção entre direitos sociais e os chamados direitos, liberdades e garantias.

Blanco de Moraes chega a defender a não aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de direitos sociais a partir de uma fórmula indeterminada do “Estado de direito” extraída do art. 18.º, n.º 2, da CRP. Isto porque, a aceitação da incidência generalizada e absoluta do princípio da proporcionalidade a todos os direitos e condutas do Estado

⁵²⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. p. 191.

⁵²⁷ *Idem* – **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. p. 191.

⁵²⁸ GOMES CANOTILHO, J.J. apud ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 368-369.

⁵²⁹ URBANO, Maria Benedito apud NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. p. 50.

relacionadas aos direitos sociais, não constituiria meio seguro de interpretação racional, pois, não possuindo formulas claras de peso, essa exegese tende a transferir para o Poder Judiciário uma valoração política traduzida em opção normativa, o que atentaria contra valores democráticos⁵³⁰.

Trata-se, portanto, de corrente de pensamento sustentada na ideia de separação de poderes num sentido mais mecanicista, que tende a aderir a ideias positivistas defensoras de um Estado de Direito com atendimento da vontade do legislador democraticamente eleito, sem que se admita, a partir da análise de violação não evdente a conteúdo da Constituição, intromissão do Tribunal Constitucional nas escolhas políticas destinadas a reversão de cenário de crise econômica.

Ora, se a própria viabilidade do controle jurisdicional é questionada ou pelo menos obtemperada pelos defensores do controle de evidência, quando se trata especialmente de direitos sociais condicionados à clausula da reserva do possível, mais questionada ainda se torna a possibilidade de o Tribunal Constitucional adotar sentenças interpretativas ou aplicar outros efeitos à decisão de inconstitucionalidade distintos de uma mera invalidação, a exemplo de efeito *pro futuro* ou *ex nunc*.

Destarte, se o controle de evidência não se identifica plenamente com dogma do legislador negado, certamente uma parcial afinidade de concepções é possível extrair entre tais formas de pensamento sobre a atuação do Tribunal Constitucional em matéria de direitos sociais, porque afinado mais a uma atuação comedida da justiça constitucional em matéria de controle dos atos do Parlamento.

Ocorre que o papel do Tribunal Constitucional não está apenas atrelado à observância do postulado de separação de poderes. Afinal, o referido órgão soberano tem papel vital na realização de direitos fundamentais, sobretudo, como já visto, em conjunturas sociais e econômicas nas quais o indivíduo está mais vulnerável.

4.3 Compatibilização do Dogma do Legislador Negativo a uma Postura Proativa do Tribunal Constitucional

Dúvida que se expõe no presente momento é se o dogma do legislador negativo, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade exercida pelo Tribunal Constitucional, pode ser

⁵³⁰ MORAIS, Carlos Blanco de - *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. p. 76.

compatibilizado a uma postura proativa em matéria de controle de atividade legislativa no plano dos direitos sociais. Ou seja, é possível conciliar uma atuação do Tribunal Constitucional atenta ao princípio da separação de poderes, em que, em princípio, apenas exerça um poder de invalidação de atos legislativos formal e materialmente incompatíveis com a Constituição, com uma postura proativa mais condizente com os anseios de constitucionalismo pós-positivista?

Não se pode negar que uma Constituição que consagra vários princípios tende a alinhar-se a um moralismo jurídico, partindo-se da compreensão de que a conservação de valores morais da sociedade é um elemento básico de dignidade a ser defendido pelo instrumento coercitivo do Direito⁵³¹, inclusive no âmbito da fiscalização de constitucionalidade.

Quando o Poder Judiciário, neste momento, entenda-se, Tribunal Constitucional, aplica princípios na solução dos casos, a decisão judicial acaba se revestindo de conteúdos morais determinados pela opinião preponderante a partir de motivos históricos e culturais⁵³², o que muitas vezes foge a uma conclusão de que o ato legislativo é inequivocamente contrário à norma fundamental do Estado. Ou seja, a aplicação de princípios para a aferição de inconstitucionalidade tende a se afastar de um controle de evidência.

Mesmo no controle abstrato sucessivo pode advir a necessidade de o intérprete se socorrer a princípios. Para tanto, basta que por ocasião do julgamento ocorra uma lacuna axiológica, ou seja, que o Tribunal Constitucional se depare não com uma ausência de regra, mas com a falta de uma regra “justa”, para que ele se socorra a princípios⁵³³.

O ato de um Tribunal Constitucional se socorrer a princípio de forma alguma deve ser visto como desprovido de juridicidade, pois a Constituição origina não apenas uma pirâmide de normas jurídicas, mas também uma pirâmide de valores ético-morais que hão de ser protegidos⁵³⁴, sobretudo pelo órgão competente para o exercício da fiscalização concentrada de constitucionalidade.

A normatividade dos direitos sociais, como no caso da CRP, constitui um “imperativo ético de juridicidade constitucional”, tratando-se tais direitos, assim, de elementos constitucionais que, para além de normas jurídicas, consistem em primado a ser organizado pelo Estado, razão pela qual a discricionariedade de conformação orçamentária não é absoluta, encontrando limites nos princípios estruturantes do Estado constitucional de Direito⁵³⁵. Pensar

⁵³¹ FARALLI, Carla – **A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios**. p. 21-23.

⁵³² CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 202.

⁵³³ *Idem* – *Op. Cit.* p. 295.

⁵³⁴ BEÇAK, Rubens – **A dimensão ético-moral e o Direito**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. p. 317.

⁵³⁵ ALMEIDA, Luiz Eduardo de – *Op. Cit.* p. 195-198.

de forma contrária seria admitir que o legislador possui poder para realizar as opções orçamentárias sem qualquer padrão valorativo. Seria admitir “*indevida manipulação financeira*” em que normalmente a elaboração do orçamento se baseia em cortes de gastos a qualquer custo, produzido sob uma retórica de defesa do interesse público, em contrariedade aos princípios constitucionais, que são os “*imperativos éticos de juridicidade*” constitucional⁵³⁶.

Ou seja, as opções financeiras do legislador estão vinculadas aos imperativos consagrados nos princípios, cuja observância há de passar pelo crivo de controle de constitucionalidade, sob pena de os princípios estabelecidos na norma fundamental serem relegados à condição de letra morta.

As medidas legislativas de austeridade implementadas em Portugal, a exemplo das enfrentadas nos Acórdãos n.º 396/2011 e n.º 353/2012, consubstanciaram efetivas restrições a direitos sociais e, mesmo que justificadas em valores de segurança e de alcance de interesse público, não de respeitar “*conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*”⁵³⁷. Afinal, os direitos sociais na CRP constituem diretivas ao legislador, constituem normas impositivas e, não obstante demandem concretização por leis, vinculam o legislador, sem contar que a Constituição oferece elementos normativos destinados a assegurar um conteúdo mínimo de proteção de interesse dos beneficiários⁵³⁸, mesmo em cenário de crise econômica.

Assim, embora a liberdade conformativa do legislador subsista, ela não é absoluta, já que está submetida aos limites impostos por princípios políticos-constitucionais conformadores que estruturam o Estado, princípios jurídico-constitucionais aos quais não é atribuída uma natureza essencialmente política, a exemplo do princípio da proibição do excesso, e os princípios-garantia, estes com densidade normativa consubstanciada em heteronomia positiva determinante⁵³⁹.

Princípios como o da proteção da confiança, igualdade, proibição do excesso e vedação ao retrocesso são valores utilizáveis por parte do Tribunal Constitucional quando este faz valer a sua condição de órgão garantidor da aplicação da Constituição. Prova disso é que o Tribunal Constitucional, quando do julgamento no Acórdão n.º 353/2012, como já mencionado, reavaliou a liberdade de conformação política do legislador a partir da aplicação de princípio da igualdade, quando então se interpretou que a suspensão de pagamento de subsídio de férias

⁵³⁶ *Idem* – *Op. Cit.* p. 198.

⁵³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de – Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. In **Anuário português de direito constitucional**. p. 126.

⁵³⁸ *Idem* - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2016. p. 358-359.

⁵³⁹ CANOTIHO, J.J. Gomes - **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. p. 287.

e de Natal não deveria se dar à luz de uma igualdade proporcional entre os trabalhadores da iniciativa privada e os servidores públicos⁵⁴⁰. E não bastasse isso, o Tribunal Constitucional aplicou efeito distinto do *ex tunc* à invalidade da norma objeto de controle, para manter os efeitos da lei questionada, no ano de 2012, em claro distanciamento do dogma do legislador negativo, não só porque houve manipulação dos efeitos temporais da decisão, como também porque adotou-se decisão interpretativa mediante a aplicação do princípio da igualdade proporcional.

Não se está a rechaçar críticas como a de Ricardo Guastini⁵⁴¹ para quem o princípio da “*isonomia é uma máquina de produzir lacunas*”, aí estando o alerta para eventual ativismo judicial até mesmo diante do conteúdo aberto dos princípios constitucionais, porém lacunas axiológicas dão margem a decisões interpretativas necessárias à realização de direitos sociais⁵⁴².

Mesmo a corrente doutrinária defensora do controle de evidência, quando admite que em caso de violação à proibição de arbítrio a lei pode sofrer anulação em sede de controle de constitucionalidade, acaba por aceitar, embora em caráter excepcional, o controle judicial baseado em princípio, já que a justiça constitucional realizará uma ponderação entre os bens constitucionais em análise, haja vista a perda de direitos sociais decorrentes de medida legislativa de austeridade, de um lado, e a necessidade de preservação do interesse público consistente no equilíbrio das finanças públicas, de outro⁵⁴³.

Ou seja, a solução acabará por decorrer de uma ponderação entre os princípios e valores confrontados à luz do caso concreto, a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy, que identifica normas jurídicas como um grupo geral que se subdivide em regras e princípios⁵⁴⁴, sendo que os princípios constituem normas mais fundamentais e de conteúdo mais abstrato, ao passo que as regras instrumentalizam os princípios e por isso teriam aplicação exatamente naquilo que dispõe, de modo que regra ou aplica ao caso ou não, enquanto que os princípios não excluem e se submetem a análise de sopesamento entre os valores em confronto, sem que um postulado exclua o outro⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 226-228.

⁵⁴¹ GUASTINI, Ricardo – *Op. Cit.* p. 48.

⁵⁴² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê apud CAMBI, Eduardo – *Op. Cit.* p. 295.

⁵⁴³ BRANCO, Ricardo – “Ou sofrem todos ou há moralidade”: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de julho”. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. p. 342.

⁵⁴⁴ ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 90.

⁵⁴⁵ *Idem* – *Ibidem*.

Porém, ainda assim, Ricardo Branco adverte que o controle pelo Tribunal Constitucional, sobre a atuação legislativa, fora dos casos de predeterminação normativa, ocorrerá quando a medida legislativa se mostrar desnecessária e inadequada, valores este que compõe um conceito maior que é princípio da proporcionalidade⁵⁴⁶. Impõe-se, portanto, a aferição da *adequação* e *necessidade* da medida de austeridade adotada, sendo que pela adequação o questionamento incide sobre a capacidade ou não do meio adotado alcançar o objetivo que se vise, enquanto que pela necessidade se afere se, dentre os meios possíveis, o adotado é o meio menos restritivo⁵⁴⁷. Com efeito, a proporcionalidade subsistirá apenas se esses questionamentos forem respondidos positivamente.

As restrições realizadas na via legislativa podem ser implementadas, assim, a partir de aferição da proporcionalidade do meio restritivo, o que demanda a análise do caso concreto, mesmo que analise sob um cenário econômico desfavorável⁵⁴⁸.

Por fim, num prisma programático de uma Constituição Dirigente que contém direitos sociais, três elementos ganham destaque, são eles: o mínimo existencial, a reserva do possível e a vedação ao retrocesso⁵⁴⁹.

No que tange à vedação ao retrocesso, trata-se de postulado que serve de parâmetro de controle para as políticas de austeridade objeto de escolhas legislativas⁵⁵⁰, na medida em que as conquistas sociais não devem ser objeto de uma política desmedidamente acachapante das prestações sociais conquistadas pela sociedade, o que, embora um controle de constitucionalidade exija em princípio uma postura contida do Tribunal Constitucional, não quer dizer que a liberdade legislativa deva engessar a atuação jurisdicional.

O controle das políticas públicas, seja no que tange às ações ou omissões do Estado, deve passar pelo controle do Poder Judiciário, pois se trata de corolário do Estado democrático esse mister, que pode ser exercido sem qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes. Nesse controle, o poder jurisdicional não é livre ou ilimitado, porque deve atender ao primado da separação dos poderes e considerar que as escolhas legislativas muitas vezes se baseiam na cláusula da reserva do possível, mas também é certo que, se o mínimo existencial for

⁵⁴⁶ BRANCO, Ricardo – “Ou sofrem todos ou há moralidade”: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de julho”. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. p. 342-343.

⁵⁴⁷ COUTINHO, Luis Pereira – Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correa**. p. 569-571.

⁵⁴⁸ BRANCO, Ricardo – “Ou sofrem todos ou há moralidade”: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de julho”. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. p. 342-343.

⁵⁴⁹ CARNEIRO, Claudio – *Op. Cit.* p. 218.

⁵⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. p. 644-647.

comprometido pelo legislador, a interferência na opção do legislador, por parte do Tribunal Constitucional, será impositiva, porque o que está em questão é fazer valer a Constituição.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observou-se que a jurisdição constitucional, enquanto uma atividade de controle de fração do poder estatal, volta-se à aferição da relação de conformidade entre a Constituição e as normas de hierarquia inferior, tendo por finalidade a garantia de direitos fundamentais. Trata-se de atividade de controle dos atos jurídico-políticos, mormente emanados do Poder Legislativo, com imposição de respeito aos direitos fundamentais, inclusive aos direitos fundamentais sociais.

A jurisdição constitucional, associada ao controle de constitucionalidade, surgiu nos EUA, no século XIX, com a eclosão do controle difuso de constitucionalidade, na qual o Poder Judiciário exercia e ainda exerce tal atividade de afirmação da Constituição por meio de declaração de invalidade da norma como questão incidental ao pedido principal na solução de um caso concreto. Nesse caso, a decisão sobre constitucionalidade surte efeitos adstritos às partes do processo posto à exame pelo juiz constitucional.

O sobredito controle se expandiu para a Europa e, em meio a adaptações criadas por Hans Kelsen, foi concebida a fiscalização concentrada de constitucionalidade na Áustria, em que a aferição da conformidade da lei à norma constitucional passou a se dar de forma abstrata, não compondo, portanto, uma questão prejudicial na solução de um conflito de interesse, projetando-se os efeitos da decisão para todas as relações jurídicas, ou seja, resultando a declaração de inconstitucionalidade em decisão com eficácia contra todos.

Já no constitucionalismo português, a fiscalização de constitucionalidade assumiu formas diversas ao longo dos séculos XIX a XXI, estabelecendo-se, inicialmente, um modelo de natureza basicamente política durante o denominado “período monárquico liberal” na vigência das Constituições de 1822 e 1826 e da Carta Constitucional de 1838, passando pela combinação de controle político e jurisdicional nas Constituições de 1911 e 1933, período este denominado “republicano liberal”, até se consolidar um modelo unicamente jurisdicional na CRP/1976.

Viu-se, em termos de situação orgânico-funcional, que o Tribunal Constitucional é um órgão jurisdicional de cúpula, com competência para cassar decisões de todos os demais órgãos jurisdicionais em matéria de fiscalização de constitucionalidade. Trata-se de órgão de soberania competente para a prática de atos não passíveis de revisão no âmbito interno. Portanto, consiste em elemento central do modelo português de justiça constitucional, tendo sua composição formada por treze membros, dos quais nove são designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes, sendo que deles todos, pelos menos seis devem ser juizes provenientes

dos outros tribunais e os demais devem ser juristas, assim, com uma formação plural e de densa participação dos representantes do povo, dando-lhe relevante substrato democrático.

O TC possui competências estabelecidas na CRP, dentre as quais: a de sancionar organizações contrárias à ordem constitucional, competência em sede de jurisdição eleitoral; verificação de perda; vacância e impedimento temporário do Presidente da República, afora as competências exercidas na condição de órgão controlador em matéria político-partidária, político-institucional e controle dos titulares dos titulares da Alta Administração Pública. Porém, a de maior destaque em termos de repercussão no ordenamento jurídico é a de fiscalização de constitucionalidade, que se opera tanto no plano preventivo, quanto sucessivo concreto e abstrato.

Também destacou-se a existência de um componente político nas decisões do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização de constitucionalidade, o que, notadamente, pode ser percebido em matéria de controle das atividades legislativas em matéria de direitos sociais em tempos de crise, pois, um atuar constitucionalmente adequado do Tribunal Constitucional, produzindo decisões com eficácia geral, acarreta sérias repercussões jurídicas com efeitos na atividade financeira do Estado e em termos de proteção dos direitos fundamentais sociais.

Foi abordado que os sociais compõem um conjunto regras fundamentais destinados à realização de valores atinentes à dignidade humana, especialmente aos vulneráveis ou hipossuficientes, direitos que, em regra, exigem prestações positivas do Estado em meio à aprovação de atos normativos e execução de políticas públicas, medidas essas que buscam o alcance da equidade sociais. Com efeito, direitos sociais consistem em conquistas relativamente recentes na história da humanidade, pois trata-se de direitos que passaram a ser incorporados nas Constituições no início do Século XX, com a consolidação do Estado Social e, que passam por um processo de remodelação, desde a formulação de uma concepção neoliberal de Estado, já que muito se discute se o Estado nos dias de hoje não estaria sobrecarregado financeiramente em termos de proteção social, uma das supostas causas da situação econômica dificultosa hoje vivida em escala global.

A CRP consagrou os direitos sociais como espécies de direitos e deveres fundamentais. Direitos-deveres porque os destinatários dos direitos fundamentais não são somente os cidadãos, mas também são destinados ao Estado, porquanto impõe à sociedade o dever de criar condições para que os direitos sociais sejam realizados, como compromisso de cumprimento de proteção social em vista do princípio da igualdade consagrado no art. 13.º da CRP. Ademais, foi explicitado que os direitos sociais em Portugal também são fruto de uma consolidação de direitos no plano internacional com reflexos na legislação nacional portuguesa. Cite-se, como

exemplo de fontes normativas internacionais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, Carta Comunitária dos Direitos Sociais e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Não obstante a aferição da fundamentalidade de um direito dependa do tratamento realizado pela Constituição de um Estado, vimos que doutrina estrangeira, em especial italiana, chega a negar o caráter de direito fundamental aos direitos sociais, embora a doutrina portuguesa seja unânime em admitir os direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, até mesmo diante de previsão de direitos sociais na CRP, no Título III da sua Parte I, a exemplo dos previstos nos artigos 63º a 72º, estabelecendo como direitos e deveres sociais: segurança social e solidariedade, saúde, habitação e urbanismo, dentre outros.

Mesmo que à unanimidade se admita em Portugal que os direitos sociais são espécies de direitos fundamentais, observou-se haver uma cisão doutrinária. Isto porque, parte da doutrina defende a “Tese da Unidade Dogmática”, a partir da concepção de que os direitos sociais possuem as mesmas características dos demais direitos fundamentais, não havendo que se falar em regime distinto ou qualificação de direitos como não resistentes ou menos resistentes à lei e que não conferem posições subjetivas aos titulares, ainda que o gozo desses direitos dependa de medidas legislativas a partir de realidades materiais viabilizadoras.

De outra parte, foi visto que parte substancial da doutrina, contrária à tese dogmática unitária, defende os direitos sociais enquanto espécie de direitos fundamentais, porém insertos numa categoria distinta dos demais, tratando-se de direitos em que haveria uma maior margem de liberdade de atuação do legislador, tratando-se de direitos não resistentes ou menos resistentes à lei.

Aliás, malgrado se tenha mencionado a existência de ampla discussão doutrinária sobre o grau de vinculação do legislador aos direitos fundamentais sociais, foi mencionado que há padrões mínimos de vida que necessariamente merecem proteção, inclusive pela via judicial, para que se afaste violação à dignidade humana.

Com efeito, foi abordado que a discricionariedade acima mencionada decorre muito da cláusula da reserva do possível, uma marca dos direitos sociais, na medida em que boa parte das prestações materiais a eles inerentes estão condicionadas à existência de disponibilidades financeiras, o que envolve escolhas alocativas drásticas por parte do representantes eletivos, não obstante tal discricionariedade não possa comprometer o que se convencionou doutrinariamente chamar de mínimo existencial, ou seja, há prestações que, por envolverem a garantia de um mínimo de dignidade ao ser humano, escapam da liberdade de decisão do legislador. Ou seja, em se tratando de mínimo essencial, a atividade legislativa é plenamente

vinculada, de modo que eventual atuação restritiva do legislador está sujeita à reapreciação judicial.

Foi abordada a discussão sobre a existência ou não de um regime constitucional especial em tempos de crise, seja a partir de uma admissão de estado de necessidade constitucional numa condição de legalidade extraordinária, o que foi rechaçado pela doutrina portuguesa e mais ainda pelo Tribunal Constitucional, seja na admissão de que os julgamentos da corte devem estar atentos à conjunta financeira desfavorável, sendo esse segundo pensamento mais alinhado com alguns julgados em que o TC reconheceu como fundamentadas na preservação o interesse público a adoção de medidas de austeridade.

Em seguida, discorreu-se a respeito do dogma do legislador negativo empreendido por Kelsen, cuja ideia central é voltada à defesa de uma atuação do Tribunal Constitucional restrita à função de, no máximo, invalidar a norma conflitante com a Constituição, sem que se admita ao julgar exercer função criativa por meio, por exemplo, da aplicação de princípios. Ou seja, viu-se que o dogma do legislador negativo se alinha a um perfil mais mecanicista de separação de poderes, em que ao Poder Judiciário não é permitida a adoção de sentenças interpretativas, porquanto a substituição de uma lei por outra regulamentação somente competiria ao Parlamento. Decisão baseada em princípios, bem como que aplique um efeito diverso da invalidação com efeito *ex tunc*, exorbitaria a função jurisdicional em matéria de fiscalização de constitucionalidade.

Na CRP a previsão, como regra, é que as decisões no controle abstrato sucessivo, em caso de procedência da ação, fiquem adstritas a uma declaração de invalidade da norma com efeitos retroativos à sua origem, consoante art. 282, n.º 1. Porém o próprio n.º 3 do art. 282 permite manipulação dos efeitos temporais da decisão, o que destoa da essência do dogma do legislador negativo.

Analisou-se, ademais, que, embora a CRP não autorize literalmente uma atuação ativista do Tribunal Constitucional, decisões interpretativas advindas do Tribunal Constitucional, a exemplo do Acórdão n.º 353/2012, transparecem esse movimento da hermenêutica constitucional em Portugal, porquanto a Corte soberana portuguesa, para além de ter decidido baseada na aplicação do princípio da igualdade proporcional para considerar uma lei orçamental inconstitucional, ainda aplicou efeito diverso do *ex tunc* ao julgado, concluindo pela não anulação desde a origem da lei e aplicação apenas para os exercícios financeiros dos anos posteriores, em atenção à preservação de interesse público atinente à praticabilidade financeira do ano em que exarado o acórdão.

No capítulo seguinte foi abordado o controle de evidência como sendo uma compreensão de que o controle judicial sobre opções legislativas deve ser mais brando em matéria de direitos sociais, de modo que a interferência judicial somente se justificaria em caso de contrariedade manifesta da lei à Constituição, em situação de irracionalidade do ato legislativo, ou quando a lei destoar objetivo que se visa alcançar com a restrição legislativa.

Analisou-se que o controle de evidência, se não é um resgate do dogma do legislador negativo, com ele possui afinidade porque relacionado a uma visão mecanicista de separação de poderes, em que não se pode conferir ao órgão julgador, e aqui em análise o Tribunal Constitucional, poderes criativos e que resultem em incursão nos critérios de escolha do legislador, o que passa a ser ainda mais questionado se o legislador faz escolhas drásticas visando afastar cenário de crise econômica.

Parece-nos salutar o controle de evidência e observância, em princípio do dogma do legislador negativo, quando se tem em mente a preservação da vontade do legislador e uma posição de não interferência nas escolhas políticas como regra a ser seguida pelo Judiciário. Ou seja, como uma postura de autocontenção do órgão julgado. Contudo, o controle de evidência pode ser afastado quando estiver em discussão direitos relacionados ao mínimo essencial, especialmente quando a reserva do possível retrata retórica de defesa de Estado que se vale de um discurso de austeridade para vilipêndio de direitos sociais.

A consagração de princípios como o da igualdade, proporcionalidade e proibição de excesso, são instrumentos à disposição do Tribunal Constitucional que deve se valer, se for preciso, de decisões interpretativas para, a partir da aplicação dos referidos postulados estruturantes da ordem constitucional portuguesa, mesmo que para tanto seja necessária uma ponderação de valores constitucionais, interferir nas opções do legislador. Afinal, o movimento constitucionalista em Portugal, com o passar das Constituições promoveu o fortalecimento da atuação do Tribunal Constitucional em matéria de tutela dos direitos fundamentais, e não o enfraquecimento de seu poder de invalidar normas que os doutrinadores defensores da jurisprudência da crise tentam de forma reacionária defender.

O Tribunal Constitucional português ainda é oscilante quanto ao modo de enfrentamento que deve adotar no tocante à análise da constitucionalidade das medidas legislativas restritivas de direitos sociais, em tempos de crise. No entanto, embora tenha variado em seus posicionamentos, como percebemos nos julgados dos Acórdãos n.º 396/2011 e n.º 353/2012, ora obedecendo mais o princípio da separação de poderes e não adentrando nas opções legislativas, ora valendo-se da aplicação de princípios para conferir ao caso uma solução diversa da escolha do legislador, o Tribunal Constitucional dá sinais de que o controle de evidência,

embora tenda a resgatar elementos do dogma do legislador negativo, não pode ser uma obstância à adoção de decisões de perfil aditivo, porquanto o TC deve, em certos casos, fazer valer princípios constitucionais que autorizam um perfil mais proativo, apesar dos cuidados que deve ter em não interferir indevidamente nas escolhas do legislador democraticamente eleito.

Cabe ao Tribunal Constitucional, mesmo em matéria de direitos sociais e mesmo em tempos de crise, fazer valer os direitos fundamentais, pois não são os cenários de crise econômica que ditarão quais são e em que medidas devem ser compreendidos os direitos sociais, mas sim as medidas governamentais é que devem atentar ao máximo, dentro das disponibilidades financeiras, à preservação desses direitos, assegurando-se o mínimo essencial ao indivíduo e com estabelecimento de normas contendo programas de reversibilidade das medidas de austeridade.

BIBLIOGRAFIA

Fontes Documentais

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei n.º 1/2005 – Sétima Revisão Constitucional. **Diário da República I-A**. Série, n.º 155 (12-08-05).

LEI do Tribunal Constitucional: lei n.º 28/82, de 15 de novembro. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1982. [Consult. 25 de Abr. 2016]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>

Ficha Bibliográfica

ABRANTES, José João Nunes – **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. Lisboa: AAFDL, 1990.

ALBUQUERQUE, Ruy de; ALBUQUERQUE, Martim de – **História do Direito Português**. Vol. II. Lisboa, 1982.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-97-24-02971-9

_____, Jurisprudência da crise. Das Questões Prévias às Perplexidades. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Org.). Coimbra: Almedina, 2014. pp. 51-68. ISBN 978-972-40-5704-0.

ALEXY, Robert – **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Siva. São Paulo; Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Luiz Eduardo de – **Direitos sociais e seus limites: uma construção a partir das Decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2017. ISBN 978-85-362-7086-9

ALVES, Dora Resende - Os direitos sociais na constituição portuguesa: Sua conexão com o direito da União Europeia. In S. V. Tamer (org.), **Temas constitucionais no Brasil e na Península Ibérica** (pp. 11-33). São Luís: SVT Marketing e Comunicação. [Em linha] Disponível no Repositório UPT, <http://hdl.handle.net/11328/2245>. ISBN 978-85-53126-01-9

AMARAL, Diogo de Freitas – **A Transição para a Democracia – Memórias Políticas**. Vol II (1976-1982), Lisboa: Bertrand Editora, 2008. p. 348. ISBN 978-97-22-51814-7

_____, – **Manual de introdução ao Direito**. vol I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 128-130. ISBN 9789724023786

- AMARAL, Maria Lúcia – Justiça Constitucional, Proteção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os Direitos Fundamentais. In **Anuário Português de Direito Constitucional**. Vol. II. Coimbra, 2002. p. 11-43.
- AMARO, António Leite. “O princípio constitucional da sustentabilidade. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Vol. I. Faculdade de Direito: Lisboa, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. In **Anuário português de direito constitucional**. Vol.V. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 121-141.
- _____, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9789724022314
- _____, – **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3
- APPIO, Eduardo – **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. ISBN 8536208775
- ASCENSÃO, José de Oliveira – Os Acórdãos com força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como fonte de Direito. In **Nos dez anos da Constituição**. [Et al] Lisboa, 1987.
- BARBERA, Augusto – *Le Basi Filosofiche del Costituzionalismo*. Roma: Laterza, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22804-7
- _____, **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 7.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-02-62925-7
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18. Ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 85-02-02173-7
- BEÇAK, Rubens – **A dimensão ético-moral e o Direito**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. RBDC. N.9. jan-jun/2007.
- BEILFUSS, Markus González – **Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa**. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2000. ISBN 9788425911354.
- BLANCO DE MORAIS, Carlos – **As sentenças intermediárias da justiça constitucional**. Lisboa: AADFL, 2009. ISBN 5606939006431

- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco – **Dicionário de Política**. Brasília: UnB, 1984.
- BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN 978-85-392-0361-1
- BOTELHO, Catarina Santos - **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise — Ou Revisitar as Normas Programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724060583
- BOTELHO, Catarina Santos - Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: Um Elogio Fúnebre ao Princípio do Retrocesso Social? In **Revista da Ordem dos Advogados**, Vol. I/II. [Em linha] pp. 259-294, 2015. [Consult. 16 Maio. 2018]. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/caju/tribunal-constitucional-3.pdf>
- BRANCO, Ricardo – **O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009. ISBN 9789723217681
- _____, - “‘Ou sofrem todos ou há moralidade’: breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de julho”. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**, I, Coimbra, 2012. p. 329-356
- BRANDÃO, Paulo de Tarso – Atividade jurisdicional, políticas públicas e orçamento. In **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. organização de José Francisco Rodrigues de Oliveira Neto...[et.al.] São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2011. pp. 303-315 ISBN 978-85-203-3354-9 (Revista dos Tribunais) ISBN 978-972-32-1609-7 (Coimbra Editora)
- BRITO, Miguel Nogueira – Medida e Intensidade do Controle de Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. Coimbra, 2014. p. 107-131.. ISBN 978-972-50-5704-0
- CAETANO, Marcelo – **Constituições Portuguesas**. 4 ed. Lisboa: São Paulo, 1978.
- CALDAS, Filipa Lemos. Será a imposição de limites ao Défice Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. propr. Diário de Bordo; dir. Paulo Otero; ed. Paulo Nogueês. - Nº 03 (Abril/Junho de 2013), p. 99-101. ISSN 2182-7583.
- CALDEIRA, Marco. Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. propr. Diário de Bordo; dir. Paulo Otero; ed. Paulo Nogueês. - Nº 03 (Abril/Junho de 2013), p. 40-70. ISSN 2182-7583.
- CAMBI, Eduardo – **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 978-85-203-4072-1

- CAMPILONGO, Celso Fernandes – **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. ISBN 8575490028
- CAMPOS, João Mota – **Organizações Internacionais**. 4 ed. Coimbra: Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1903-6
- CANOTILHO, JJ. Gomes – A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional, in **Nos dez anos da Constituição**. Jorge Miranda (Org.). Lisboa, Imprensa nacional – Casa da Moeda, 1987. p. 347-372.
- _____, – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5
- _____, – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 972-32-0996-9
- _____, – A “**principlização**” da jurisprudência através da Constituição. Revista de processo. Vol. 98. São Paulo: E. RT, abr-jun, 2000.
- _____, – **Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____; MOREIRA, Vital - **CRP Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8
- _____. MOREIRA, Vital - **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, Mariana – O Modelo Português de Justiça Constitucional: Exposição, Valoração Crítica e Possíveis Contributos para um Modelo Europeu de Justiça Constitucional. In **Aletheia - Cuadernos Críticos del Derecho** [Em linha], nº 2 (2009). p. 82-101 [Consult. 4 Abr. 2018]. Disponível em http://www.liberlex.com/archivos/mod_port_jc.pdf
- CAPPELLETTI, Mauro – **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Aroldo Plínio Gonçalves (tradução). Porto Alegre: Fabris, 1986.
- CARNEIRO, Claudio – **Neoconstitucionalismo e austeridade fiscal: confronto constitucional-hermenêutico das cortes constitucionais do Brasil e de Portugal**. Salvador: Juspodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1925-6
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 20. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. ISBN 978-85-384-0291-6

- CASIMIRO, Josefa Chilulu (2015) – **Uma reflexão sobre direitos fundamentais**. (Dissertação de mestrado, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, Lisboa, Portugal). Disponível em <http://www.cjf.jus.br/caju/tribunal-constitucional-8.pdf>
- CASTILLO, Tomás de La Quadra Salcedo Fernández del – Derecho Público tras la crisis económica em el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general. In **XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional: Crisis y Constituição**. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2015. p. 75-155. ISBN 9788425916731
- CATROGA, Fernando – **O Republicanismo em Portugal: da formação ao 5 de outubro de 1910**. Vol I. Coimbra, 1991.
- CERETI, Carlos – Funzione legislativa e controllo di legittimità. In **Studi in onore di Emilio Crosa**. V. I. Milão, 1960.
- CESARINO JR., Antônio Ferreira – **Direito social brasileiro**. 6 ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 1970.
- CHIOVENDA, Giuseppe – **Instituições de direito processual civil**. Vol II. São Paulo: Saraiva, 1943.
- COELHO, Inocêncio Mártires – **Interpretação Constitucional**. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2011. ISBN 978-85-02-09614-1.
- COELHO, Luiz Fernando – **Direito Constitucional e filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2008. ISBN 853621387-6
- COMPARATO, Fabio Konder –. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 978-85-020-4077-9
- _____, Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (ORG.) São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- COOLEY, Thomas – **Princípios Constitucionais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COSTA, Ana Paula Mota; SILVA, Jaqueline Mielke – O princípio da reserva do possível, o financiamento de políticas públicas e o papel do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais mínimos, a partir de um modelo substancialista. **Direitos Fundamentais & Justiça**. [Em linha]. Ano 8, N.º 27 (2014), p. 151-173 [Consult. 15 Jun. 2018]. Disponível em http://webmail.mppa.mp.br/service/home/~/%20PRINC%C3%8DPIO%20DA%20RESERVA%20DO%20POSS%C3%8DVVEL%2C....pdf?auth=co&loc=pt_BR&id=13021&part=9

- COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da – **A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976**. Coimbra: Tribunal Constitucional, 1994.
- _____, – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3 ed. ver. atual. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-9724032535
- _____, – Constituição e Justiça Constitucional. In **Anuário Português de Direito Constitucionais**. Vol V. p. 109-120. ISBN 978-972-32-1800-8
- _____, - El Tribunal Constitucional Português: Orígenes Históricos. In **Revista de estudos políticos. Ejemplar dedicado a: El Sistema Político y Constitucional Portugués, 1914-1987** [Em linha]. ISSN 0048-7694, N.º 60-61, 1988. [Consult. 5 Abril 2018]. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26972>. p. 831-840.
- COUTINHO, Luís Pereira – Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Org.). Coimbra: Almedina, 2014. pp. 345-261. ISBN 978-972-40-5704-0.
- _____, – “Os direitos sociais e a crise: algumas notas. In **Direito & Política**, n.º I (Out-Dez 2012). pags. 74 e segs.
- _____, - Será a imposição de limites ao Défice Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. propr. Diário de Bordo; dir. Paulo Otero; ed. Paulo Nogueira. - Nº 03 (Abril/Junho de 2013), p. 115-117. ISSN 2182-7583.
- _____, Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais. In **Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia**. Coimbra Editora, 2010. p. 557-574. ISSN 0870-3116.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. propr. Diário de Bordo; dir. Paulo Otero; ed. Paulo Nogueira. - Nº 03 (Abril/Junho de 2013), p. 121-123. ISSN 2182-7583.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da – **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-44-2192-63
- DALLARI, Dalmo de Abreu – A luta pelos direitos humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. **Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1934-1999**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999. ISBN 85-5440576-9
- DICEY, Albert Venn - *Introduction to The Study of The Law of The Constitution*. Ed. Roger E. Michener. Indianápolis: Liberty Fund, 1982. [Consult. 23 Mar. 2018]. Disponível em <<http://oll.libertofund.org/titles/1714>>

- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya – **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-000598-1.
- DIOGO, João Francisco – Entre a Cila do Direito e a Carídis da Política: Um ponto de partida para o estudo do Tribunal Constitucional na construção da democracia portuguesa. In **Relações Internacionais**. [Em linha]. pp. 089-100, 2017. [Consult. 13 Jun. 2018]. Disponível em << <http://www.cjf.jus.br/caju/tribunal-constitucional-5.pdf>>>
- DUARTE, Maria Luísa – “O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais – dualidade e convergência. In **Revista de estudos europeus**. P. 32-36. Disponível no repositório <http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/1332/5/trabalho%20provedor%20publ.pdf>
- DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN 9788533622579
- _____, – **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass: Havard University, 1978.
- ENTERRÍA, Eduardo García – **La Constitución Como Corma y El Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1994.
- _____, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001.
- FARALLI, Carla – **A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios**. (Tradução) Candice Premaror Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 21-23.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves – **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1428-2
- FERRAJOLI, Luigi – I diritti fondamentali nella teoria del diritto.. In VITATE, Ermano (coord.). **Diritti fondamentali. Um dibattito teórico**. 2 ed. Roma-Bari: Laterza, 2002. ISBN 9788842063537
- FERREIRA, Luiz Pinto – A Corte Constitucional. In **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 4 (Maio/2011) São Paulo: Thomson, 2011. p. 895-928.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. In **Revista de Direito Administrativo**, v. 181-182. Rio de Janeiro, 1990. p. 21-37.
- FISCHER-LESCANO, Andreas, MÖLLER, Kolja – **Luta pelos Direitos Sociais Globais: o delicado seria o mais grosseiro**. Carolina Alves Vestana e Guilherme Leite Gonçalves (Tradução). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. ISBN 978-85-8440-925-9
- GONÇALVES, José Renato. Será a imposição de limites ao Défice Orçamental e à Dívida Pública Compatível com o Estado Social? In **Direito & Política: Law & Politics**. propr.

Diário de Bordo; dir. Paulo Otero; ed. Paulo Nogueira. - Nº 03 (Abril/Junho de 2013). p. 113-114.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **Manual de direito constitucional**. 5 ed. rev. e atual. Vol I. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5393-6.

_____, – **Manual de direito constitucional : introdução, parte geral, parte especial**. 5.ª ed. rev. e atual, vol. II. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5394-3.

GRIMM, Dieter – **Constitución y Derechos Fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luiz Muños de Baena Simon. Madrid: Editora Trotta, 2006. ISBN 978-848-16473-34

GRINOVER, Ada Pellegrini – **O Processo Em Sua Unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978.

GUASTINI, Ricardo – **Estudios de teoria constitucional**. (Tradução) Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John – **O federalista**. Heitor Almeida Herrera (Tradução). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HESPANHA, António Manoel – A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. In **Revista do Ministério Público**. Nº 130 (Abril/Junho de 2012), p. 9-80. ISSN 9-80.

_____, - **Guiando a mão invisível – direitos, Estado e lei no Liberalismo monárquico português**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. ISBN 978-9724023212

HESSE, Konrad – *La función jurisprudencial y el Tribunal Constitucional en al Ley Fundamental de Bonn*. In Peter Häberle. In **Estudios sobre la jurisdicción constitucional**. México: Editora Porrúa, 2005. ISSN 1697-7890

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass - **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. ISBN 978-0-393-04670-0

JORGE NETO, Nagib de Melo – **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. Alexandre Krug (Tradução). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 978-85-336-2393-4

_____, La garantie juridictionnelle de la Constitution. In **Revue du Droit Public et de la Science Politique**, n.45. Paris: Marcel Giard. Paris: Marcel Giard, 1928.

_____, **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Luís Carlos Borges (Tradução). São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0950-7.

_____, **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Tradução). 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. ISBN 8533622635

- _____, **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (Tradução). 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. ISBN 85-336-0287-1
- LEAL, Gabriel Prado. Exceção económica e governo de crise nas democracias. In NABAIS, Casalta (Org.). **Sustentabilidade ambiental em tempo de crise**. Coimbra: Almedina, 2012.
- LEITÃO, Luiz Menezes. “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012”. In **Revista da Ordem dos Advogados**, 2012, I, p. 415 e segs.
- LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães – O Guarda da Constituição e a sua Legitimidade: A Polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt Sobre a Proteção da Constituição. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional**. [coordenação de] Marcelo Rebelo de Sousa.. [et al.] Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 457-468. ISSN 0870-3116
- LOPERA MESSA, Glória – **La aplicación del derecho em los sistemas jurídicos constitucionalizados**. Medellín: Universidade EAFIT, 2004. ISSN 1692-0694
- LOUREIRO, João Carlos – **Adeus ao Estado Social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos**. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723218602.
- _____, – Cortes, Pensões E Jurisprudência em Tempos de Crise: entre o Transitório e o Permanente. . In **O Tribunal Constitucional e a Crise**. In **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. Coimbra, 2014. ISBN 978-972-50-5704-0
- MARMELSTEIN, George – **Curso de Direitos Fundamentais**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN 978-85-97-00337-6
- MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. ISBN 9720054000054.
- _____, - A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. Coimbra, 2014. p. 263 e segs. ISBN 978-972-50-5704-0
- MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p.67. ISBN 978-85-392-0276-8.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2015. ISBN 978-85-02-62274-6.
- _____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 6.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2011. ISBN 978-85-02-11012-0.

- MIRANDA, Jorge – Controlo da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais em Portugal. In *La Jurisdicción Constitucional em Iberoamerica*. Madri: Dykinson, 1997.
- _____, **Manual de direito constitucional**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. ISBN 9723204193.
- _____, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.
- _____, **Manuel de Direito Constitucional I**. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____, **Manual de Direito Constitucional- Direitos Fundamentais**, Tomo IV, 5 ed, Coimbra Editora: Coimbra, 2012. ISBN 978-97-23-22010-0
- _____, **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-5224-2
- _____; MEDEIROS, RUI – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tombo III. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1541-0
- MÖLLER, Max – **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. ISBN 978-8573487558
- MORAES, Alexandre de - **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais; Garantia Suprema da Constituição**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7831-6.
- MORAIS, Carlos Blanco de - “As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso”. In **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. n.º 3, Nov. 2013, pp. 55 ss. e-Pública Vol. I No. 3, Dezembro. e-Pública.
- _____, – **As sentenças intermediárias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. ISBN: 5606939006431
- _____, - **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. e-Pública [Em linha]. 2014, vol.1, n.3, pp.59-85. [Consult. 16 Maio. 2018]. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2183-184X2014000300005 ISSN 2183-184X.
- _____, - **Justiça Constitucional – Tomo I. Garantia da Constituição e Controle da Constitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 9789723210804
- MOREIRA, Isabel – **A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724029917

MOREIRA, Vital – **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional**. [Em linha] [Consult. 13 Mai. 2019]. Disponível em << <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>>>

NABAIS, José Casalta. A Face Oculta dos Direitos e Deveres e os Custos dos Direitos. **Revista de Direito Público da Economia** [Em linha] N.º 20, p. 153-181. [Consult. 15 Jun. 2018] Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>

_____, - Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. A. 7 (Jan, 2010) pp. 51-83.

_____, - Sobre a denominada <<regra de ouro>> no ordenamento jurídico português. In **Direito & Política: Law & Politics**. propr. Diário de Bordo; dir. Paulo Otero; ed. Paulo Noguês. - N.º 03 (Abril/Junho de 2013), p. 108-109. ISSN 2182-7583.

NADAIS, António; VITORINO, António; CANAS, Vitalino – **Lei sobre organização, funcionamento e processo do tribunal constitucional**. Lisboa: AAFDL, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7081-0

NEVES, António Castanheira – **O Instituto dos <<assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723222067

NEVES, João Cesar das – In **Direito & Política: Law & Politics**. propr. Diário de Bordo; dir. Paulo Otero ; ed. Paulo Noguês. - N.º 03 (Abril/Junho de 2013), p. 102-103. ISSN 2182-7583.

NEVES, Marcelo – **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 9788560156399

NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra, 2010. ISBN: 9789723218336

_____, – **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. Coimbra, 2012. ISBN 978-972-32-2070-4

_____, - **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 349. ISBN 9789723218053

_____, – **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN978-972-40-5825-2

NUNES DE ALMEIDA, Luis – Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional., In **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

- OLIVEIRA, Flávio Luís – Concretização de políticas públicas na perspectiva da desneutralização do Poder Judiciário. In ***Direitos fundamentais sociais***. Belo Horizonte; fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-567-3
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de – **Processo Constitucional**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2016. ISBN 978-85-450-0072-3
- OMMATI, José Emílio Medauar – **Teoria da Constituição**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. ISBN 978-85-67595-22-1
- OTERO, Paulo – Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In **Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976**. Vol I. Coimbra, 2012. pp. 44-45. ISBN 978-972-32-2006-3
- OTTO, Ignacio de – **Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes**. Barcelona, 1987.
- PEREIRA, Ravi Afonso – Igualdade e Proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. In **REDC**, n.º 98, 203. pp. 317-370. ISSN 0211-5743
- PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. ISBN 9789723203738
- PINHEIRO, Alexandre Souza – A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). [Em linha] [Consult. 02 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>.
- PINTO, Paulo Mota – A Proteção da Confiança na Jurisprudência da Crise. In **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Org.). Coimbra: Almedina, 2014. pp. 135-178. ISBN 978-972-40-5704-0.
- PINTO, Ricardo Leite – O papel do Supremo Tribunal no sistema político-constitucional norte americano e a questão da “politicidade” da Justiça Constitucional: a decisão sobre a lei da reforma dos cuidados de saúde. In **Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles**. Vol I. (Org.) MIRANDA, Jorge [et. al.]. Coimbra: Almedina, 2012. p. 215-235. ISBN 978-972-40-4988-5
- PIRES, Alex Sander Xavier – **Direito Sumular: Construindo Uma Teoria**. Rio de Janeiro, 2009. ISBN 978-85-909488-0-3
- _____, **Súmula Vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016. ISBN 978-85-909488-2-7
- QUEIROZ, Cristina - **Direitos Fundamentais Sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. ISBN: 9789723214284.

- _____, – **Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 9789723209488
- _____, – **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** Coimbra: Editora Coimbra, 2006. ISBN: 9789723214246
- _____, – **O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2266-1
- RAWLS, John – **Political liberalism.** New York: Columbia University Press, 1993.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Tribunal Constitucional – Un Legislador Negativo o Positivo. In **Revista de Derecho UNED.** [Em linha] 2015, n.º 16. pp. 713-739. [Consult. 05 jun. 2019]. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389>
- ROYO, Javier Peres. **Curso de Derecho Constitucional.** 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- SCHWAB, Jürgen – **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. ISBN. 9974794218
- SÁNCHEZ, Pedro José Gonzalez-Trevijano – **El Tribunal Constitucional.** Navarra: Azarandi, 2000. ISBN 9788484105350
- SARLET Ingo Wolfgang - **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2009. ISBN 978-85-73-48623-0
- _____, – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____, – Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In **Direitos fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.** SARLET, George Salão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords). São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de direito constitucional.** 4 ed. ampl. incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-63491-6
- SARMENTO, Daniel – A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.
- _____, – **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009..

- SCHMITT, Carl – *La Defensa de la Constitucion*. Tradução: Manuel Sanches Sarto. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- SCHWAB, Jürgen – **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. ISBN. 9974794218.
- SILVA, José Afonso da – **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. ISBN 978-85-392-0245-1
- SILVA, Suzana Tavares da – Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In NABAIS, José Casalta (Org.) **Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 42-62. ISBN 978-989-8787-72-9
- SILVA, Vasco Pereira da - **A Cultura a Que Tenho Direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724032801
- SILVA, Virgílio Afonso da – **Direitos fundamentais, Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2 ed. 3 tir.. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. ISBN 978-8539200313
- SOMMERMAN, Karl-Peter - *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Tubinga: Mohr Siebeck, 1997. ISBN 3-16-146816-3
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de – **Ciência política e teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-654-4
- TEMER, Michel – **Elementos de direito constitucional**. 18.^a rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. ISBN 85-7420-333-5
- TORRES, Ricardo Lobo – **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. ISBN 9788571478459
- _____, – O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. SARMENTO, Daniel, e SUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 313-341.
- _____, O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: **Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 8573088923
- URBANO, Maria Benedito – A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?. In **O Tribunal Constitucional e a Crise**. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org.). Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5704-0
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. – *El Estado de Derecho em el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editora Universitaria de Buenos Aires, 1982.

VERGOTTINI, Giuseppe de – ***Diritto Costituzionale***. 5 ed. Pádua: CEDAM, 2006.

WEDY, Gabriel – **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-472-3287-0

ZAGREBELSKY, Gustavo – **El derecho dúctil. 8 ed.** Marina Gascón (Tradução). Madrid: Editora Trotta, 2008.

_____; MARCENÒ, Valeria – **Giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 2012. ISBN 978815238917

ZAVASCHI, Teori Albino – **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7070-4