

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DAS CRISES
ECONÓMICO-FINANCEIRAS: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E
DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Gisela Pimenta Gadelha Dantas

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Número da candidata: 20150276

Março de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIA

À minha filha Maria Eduarda.

AGRADECIMENTO

À Universidade Autónoma de Lisboa, de modo particular aos meus ilustres professores do curso de mestrado em ciências jurídicas.

Aos meus pais, pelo apoio e dedicação à minha filha durante as minhas estadias em Portugal.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, pelos ensinamentos.

RESUMO

A crescente globalização comercial e financeira, associada à intensa participação dos Estados Unidos da América na economia mundial, fez com que a crise originada no mercado imobiliário norte-americano no ano de 2007 superasse os prognósticos iniciais e atingisse uma proporção jamais vista desde a Grande Depressão de 1929, tornando-a o estopim para um quadro sistêmico de desaceleração (e, em alguns casos, recessão) econômica de escala global.

Neste cenário, a notória relação entre os fenômenos econômicos e as instituições jurídicas fez com que fossem iniciadas, entre os agentes políticos e os representantes da advocacia, discussões relativas às nuances constitucionais que envolvem a execução de medidas urgentes voltadas à retomada do equilíbrio das finanças dos Estados, ocasião em que ganha relevo o Estado de Exceção. Embora sua concepção, sob a ótica das limitações constitucionais, não seja um assunto novo – havendo registros sobre esta matéria desde a Roma antiga –, historicamente, as graves crises com as quais os Estados se deparavam, ou tinham origem em contendas políticas, ou estavam vinculadas a instabilidades provocadas por calamidades decorrentes de desastres naturais. Tais debates ganharam especiais contornos na zona do euro e despertaram o interesse pelo tema objeto da presente dissertação.

Como não são encontradas nas Constituições vigentes de Portugal e do Brasil – ao menos até o início do século XXI – registros de mecanismos excepcionais para o enfrentamento de crises de natureza econômica, parte da doutrina sustenta que nas situações de emergência financeira, a Constituição Portuguesa não está plenamente em vigor. Nesta linha, o exame dos aspectos constitucionais das iniciativas de combate a crises econômico-financeiras, em especial daquelas que implicam restrição de direitos sociais – situação em que se insere o Estado de Exceção –, com seus contornos e reflexos sobre direitos pré-constituídos, manifesta-se como um tema atual e que ainda fora pouco explorado pela comunidade internacional.

Desta forma, diante da sazonalidade com que situações de anormalidade tendem a atingir países – em especial, nos dias atuais, as de cunho econômico-financeiro – surge o tema do presente trabalho que, em termos práticos, pretende responder à seguinte pergunta: quando o Governo decide adotar medidas anticrise restritivas de direitos sociais e o Tribunal Constitucional cria obstáculos ou inviabiliza tais medidas, a quem compete a última palavra quanto a essas opções políticas: ao Governo, democraticamente eleito e legitimado para governar, ou à justiça constitucional?

E mais: o Tribunal Constitucional, ao exercer a jurisdição constitucional, deve levar em conta o cenário de crise econômico-financeira e ser menos rigoroso ao apreciar a constitucionalidade de medidas que afetam direitos sociais? Quais os critérios adotados pelo Tribunal Constitucional para exercer essa fiscalização?

O presente trabalho abordará e analisará a cizânia de ordem doutrinária e jurisprudencial identificada em Portugal e no Brasil sobre o tema e que, por certo, surgirá em outros países.

Palavras-Chave: Tribunal Constitucional. Crise. Direitos Sociais.

ABSTRACT

The commercial and financial growing globalization, coupled with the intense participation of the United States of America in the world economy, caused the crisis in the US housing market in 2007 to surpass the initial forecasts and reach a proportion never seen since the Great Depression of 1929, making it the trigger for a systemic economic slowdown (and, in some cases, recession) on a global scale.

In this scenario, the notorious relationship between economic phenomena and legal institutions led to discussions among constituents and representatives of the legal profession on constitutional nuances involving the implementation of urgent measures aimed at resumption of the balance of the States. These debates gained special outlines in the euro area and aroused interest in the subject matter of this dissertation. Although the analysis of antichristian actions from the point of view of constitutional limitations is not a new subject – since there have been records on this subject since ancient Rome –, historically, the serious crises that the states encountered or originated from political strife, or were linked to instabilities caused by catastrophes triggered by natural disasters. As a result, no record of exceptional mechanisms for dealing with crises of an economic nature can be found in the existing Constitutions – at least until the beginning of the 21st century. In this line, the examination of the constitutional aspects of the initiatives to combat economic and financial crises, with their contours and reflexes on pre-constituted rights, manifests itself as a current theme and still little explored by the international community.

Thus, in view of the seasonality with which situations of abnormality tend to reach countries – especially in the present day, those of an economic and financial nature – the theme of this paper arises, which, in practical terms, intends to answer the following question: when Government decides to adopt anti-restrictive measures restricting social rights and the Constitutional Court creates obstacles or makes these measures unfeasible, the question arises: who has the last word on these political options, the Government, democratically elected and legitimized to govern, or constitutional justice? Or rather, should the Constitutional Court, when exercising constitutional jurisdiction, take into account the scenario of an economic and financial crisis and be less rigorous in assessing the constitutionality of measures that affect social rights? In addition: What are the criteria adopted by the Constitutional Court to exercise this oversight? The present work will approach and analyze the doctrinal and jurisprudential disharmony identified in Portugal and Brazil on the subject and that, of course, will emerge in other countries.

Keywords: Constitutional Court. Crisis. Social Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	11
1.1. O Ideal Constitucional Moderno.....	11
1.2. Justiça e Jurisdição Constitucional.....	16
1.3. Tribunal Constitucional Português.....	22
1.4. Supremo Tribunal Federal	25
CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO E SUCESSIVO.....	26
2.1. Evolução Histórica.....	28
2.2. Sistema Atual de Fiscalização em Portugal.....	32
2.3. Estudo Comparado no Direito Brasileiro.....	38
2.4. Interpretação Constitucional e a Mutação Constitucional	43
2.5. Princípio da Separação de Poderes e o Ativismo Judicial	46
CAPÍTULO 3 – ESTADO DE EXCEÇÃO	54
3.1. Os Sistemas de Controle de Crises.....	54
3.2. Estado de Exceção no Brasil e em Portugal	61
CAPÍTULO 4 – DIREITOS SOCIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA.....	68
4.1. Direitos sociais na Constituição da República Portuguesa.....	72
4.2. Direitos sociais no Direito Brasileiro	82
4.3. Limites à restrição dos direitos sociais	85
4.3.1. Ponderação de direitos e interesses.....	86
4.3.2. Princípio da Proporcionalidade	91
4.3.3. Princípio de Vedação ao Retrocesso Social	94
4.3.4. Princípio da Proteção à Confiança.....	103
4.3.5. Princípio da Igualdade	110
CAPÍTULO 5 – JURISPRUDÊNCIA DA CRISE.....	113
5.1. Jurisprudência da Crise em Portugal.....	113
5.2. Estudo Comparado com o Direito Brasileiro.....	124
CONCLUSÃO.....	128

INTRODUÇÃO

A perseguição das diretrizes tuteladas pelo Estado Democrático de Direito fez com que a Constituição fosse erigida ao patamar singular de garantidora de direitos, racionalizadora de excessos e, por consequência – talvez a mais importante das características – mediadora de ingerências políticas que possam colocar em risco o próprio conceito de justiça social. Todavia, em momentos de grave crise, em que a própria estabilidade democrática é posta em discussão, ganham força e voz aqueles que perfilham a submissão da ordem jurídica às aspirações econômicas emergenciais ou até mesmo a instituição de um estado de exceção como solução para a superação da adversidade momentânea que se impõe.

Nesta linha, o primeiro capítulo deste trabalho se ocupará em analisar, sob a luz do constitucionalismo contemporâneo, o papel da Constituição em meio a adversidades que desafiem a mansa governança de um Estado. Tal abordagem será feita por meio de digressões doutrinárias centralizadas nos ensinamentos dos professores Luiz Roberto Barroso¹ e José Joaquim Gomes Canotilho, com foco na supremacia da Constituição e sua força vinculante. Diante desse contexto, mostra-se necessário e razoável ater-se à definição de Justiça e de «jurisdição constitucional», que será tratada com base nos ensinamentos de doutrinadores portugueses, complementados por lições de autores brasileiros.

Ainda no primeiro capítulo, será estudada a figura do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal (STF), suas funções no ordenamento jurídico e o contraponto entre os interesses políticos, a autonomia destes tribunais e o Princípio da Separação dos Poderes.

Também será analisado, no segundo capítulo, o Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Português e no Direito Brasileiro, com foco no controle abstrato sucessivo (no Brasil, chamado de controle concentrado) e os limites a serem observados pelo Tribunal Constitucional na tarefa de interpretar a Constituição, fazendo um

¹ Sobre os pontos que serão tratados, assim expõe Barroso: «Não por acaso, portanto, é recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, das origens até os dias de hoje. A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição – e dos limites que ela impõe aos poderes ordinários – com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático. As perguntas que desafiam a doutrina e a jurisprudência podem ser postas nos termos seguintes: porque um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? E, na mesma linha, por que se deveria transferir ao Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo?». BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111.

paralelo entre os fenômenos de mutação constitucional e ativismo judicial e o princípio da separação de poderes.

No decorrer do terceiro capítulo será abordado o conceito de Estado de Exceção sob a perspectiva dos filósofos alemães Carl Schmitt e Friedrich Nietzsche e do filósofo italiano Giorgio Agambene por meio da discussão das diversas celeumas jurídicas identificadas na doutrina, quando em tela a ideia de que a descentralização do poder, embora adequada em momentos de normalidade para evitar excessos por parte dos governantes, seria imprópria para momentos de anormalidade. Tal concepção está vinculada à criação e à evolução dos mecanismos de controle de crises, em especial de natureza econômico-financeira, que serão expostos ao longo da pesquisa.

O quarto capítulo tratará dos direitos sociais sob o prisma da Constituição da República Portuguesa e a do Brasil para, em seguida, avaliar a possibilidade de serem eventualmente sacrificados em prol de políticas econômicas em momentos de grave crise econômica, bem como os limites a essas restrições.

A estruturação do presente trabalho tem como finalidade propiciar uma análise acerca de possíveis e eventuais limitações aos direitos sociais diante de um desequilíbrio na saúde financeira pública e de que forma isso se desenvolve dentro da perspectiva do Estado de Exceção. Em momentos de crises econômico-financeiras é crescente o número de medidas relacionadas a direitos sociais, tais como direito à pensão, direito ao trabalho e direito à retribuição, sendo o Poder Judiciário instado a pacificar os referidos conflitos por meio de julgamentos que, não raro, possuem repercussão nacional. Em sentido estrito, o termo Jurisprudência da Crise alude ao conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário afere a constitucionalidade de medidas de austeridade, enquanto seu alcance amplo abrange a reestruturação jurídica necessária para atender às demandas que surgem em decorrência da realidade crítica. Os casos mais emblemáticos de jurisprudência da crise foram justamente os que discutiram, dentre outros temas, cortes salariais e demissões de servidores estáveis e políticas assistencialistas.

A jurisprudência da crise, no entanto, não se limita às demandas individuais ou de grupos vulneráveis por direitos básicos. Há casos de todos os tipos, vez que, diante da grave escassez, o Judiciário é instado a alocar, direta ou indiretamente, recursos públicos. Em outras palavras, existe a necessidade de as cortes constitucionais conciliarem a interpretação normativa da Constituição com o impacto econômico de suas decisões.

Tal entendimento traz à tona a seguinte polêmica: diante de um cenário de grave crise econômica, quais os critérios a serem adotados pelo Tribunal Constitucional Português para

definir os «limites do sacrifício» que se espera dos cidadãos afetados pelas medidas de austeridade?

A Jurisprudência da crise será objeto de debate no quinto capítulo, no qual serão analisadas as decisões do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil, sobre a constitucionalidade de algumas medidas anticrise adotadas pelo governo.

Explorada a visão contemporânea relativa ao papel da Constituição, os contornos dos dispositivos de enfrentamento de crises conhecidos a partir de uma análise histórica e a inviabilidade de a interpretação ser utilizada como instrumento de mutação constitucional no combate a crises, chega-se ao sexto e último capítulo do trabalho. A proposta deste capítulo é apontar uma solução por meio da qual o Estado Democrático e Social de Direito possa enfrentar ameaças de natureza econômico-financeiras com fulcro em medidas constitucionalmente previstas, de forma a não sacrificar, de maneira excessiva, direitos sociais constantemente afetados por medidas de austeridade. Afinal, a previsão de um estado de exceção econômico, com regras claras sobre os critérios e limites a serem observados pelo Estado, trará segurança jurídica, criará obstáculos para arbitrariedades e, por conseguinte, facilitará a fiscalização dessas medidas «anticrise», pelo Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO

1.1. O Ideal Constitucional Moderno

A palavra constituição, *lato sensu*, possui vários significados, porém suas acepções exprimem a noção de organização interna, modo de ser de alguma coisa; ou ainda ato de estabelecer, de constituir. Juridicamente, no entanto, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, por conter normas referentes aos seus elementos essenciais. De acordo com José Afonso da Silva², essa lei suprema consubstanciaria um sistema³ de normas jurídicas regulamentadoras da organização, funcionamento e limites do Estado, bem como dos direitos fundamentais do homem.

Do ponto de vista político, a Constituição representa o conjunto de decisões do poder constituinte relacionado à criação dos órgãos de poder do Estado e a relação entre eles, bem como a relação desses órgãos com a sociedade. De outro lado, o conceito jurídico de Constituição está associado às atribuições dos órgãos de poder e às regras do exercício do poder político, além da definição dos valores e direitos fundamentais que servirão de diretriz para a sociedade e para o legislador infraconstitucional, haja vista a supremacia da Carta Magna. Afinal, no sentido formal, a Constituição é dotada de superioridade jurídica e, portanto, regula a forma de elaboração e limita o conteúdo das demais normas do ordenamento jurídico.

E ao tratar da Constituição, Virgílio de Jesus Miranda Carvalho a define como «o estatuto jurídico fundamental da comunidade», por entender que se sua abrangência extrapola o viés estritamente jurídico, alcançando também o aspecto político. Assim, a Constituição seria o instrumento que agrega intenção ideológico-política e a intenção jurídica *stricto sensu*, de

² SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 42.

³ Em palavras do próprio Kelsen, considera-se norma fundamental aquela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposto, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual se existisse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão. KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito**. Trad. Port. Coimbra: Editora Arménio Amado, 1962, v. 2, p. 4.

modo que passa a «definir toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade»⁴.

A concepção de Constituição, ante seu processo de construção histórica, possibilitaria, de *per si*, o desenvolvimento de uma tese exclusivamente destinada ao assunto, isso porque o conceito de Constituição – e a percepção do papel que ela deve desempenhar – atravessou um longo percurso desde as suas origens até os dias de hoje. Para se compreender sua definição e abrangência atuais, devem-se levar em consideração as fases do Constitucionalismo, porquanto configure um movimento histórico, político e ideológico, que, nos dizeres de Luís Roberto Barroso⁵, traduz-se em limitação do poder e supremacia da lei. Logo, sem se compreender todo esse movimento, não é possível entender a aceção e alcance da Carta Magna no contexto atual.

No tocante às fases do Constitucionalismo, é certo afirmar que o Constitucionalismo liberal cedeu espaço para o Constitucionalismo social e, com isso, o Estado ampliou sua intervenção no plano econômico e social. Pedro Lenza⁶ enuncia as fases nos seguintes termos:

- Constitucionalismo Antigo – manifestado pela primeira vez entre os hebreus, ocasião em que o poder do Estado teocrático era limitado e cabia aos profetas fiscalizar os atos governamentais. Posteriormente, no século V a.C., as Cidades-Estados gregas foram identificadas como exemplo de democracia constitucional por adotar sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual todos os cidadãos ativos podiam ocupar cargos públicos.

- Constitucionalismo da Idade Média – exteriorizado pela Carta Magna Inglesa de 1215, representa o grande marco do constitucionalismo medieval, ocasião em que o Rei João limitou seu poder para não ser deposto pelos barões. À época, a referida Carta Magna protegia, ainda que formalmente, alguns direitos individuais.

- Constitucionalismo durante a Idade Moderna – durante essa fase, destacam-se o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701. Nessa linha, os pactos e as cartas de franquia eram restritos à proteção de direitos individuais de determinados homens, não havendo a perspectiva da universalidade.

⁴ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda – **Os Valores Constitucionais Fundamentais: Esboço de uma análise axiológico-normativa**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 13.

⁵ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 45. ISBN 978-85-02-13360-0.

⁶ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10568-3.

- Constitucionalismo Moderno (durante a Idade Contemporânea) – dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo: Constituição norte-americana de 1787, e a francesa de 1791, movimento deflagrado durante o iluminismo como contraposição ao absolutismo, por meio do qual a Constituição passou a ser legitimada pelos cidadãos, titulares legítimos do poder. Em um primeiro momento, a concepção de constitucionalismo moderno foi centrada por valores do liberalismo clássico, em especial o direito de liberdade.

As constituições surgiram como instrumento de combate ao absolutismo monárquico, criado para legitimar e fixar limites ao poder dos governantes (dimensão orgânica). Verdade é que ao longo de todo o século XIX, as constituições eram vistas, sobretudo, como documentos políticos direcionados principalmente aos poderes do Estado, em especial ao legislador. Posteriormente, o pensamento positivista que prevaleceu no mundo jurídico não se mostrou consentâneo com a ideia de supremacia da Constituição.

Com efeito, até a Segunda Guerra, predominava na Europa uma cultura legicêntrica, como consequência da confiança que o povo depositava no Parlamento, sendo a lei a principal fonte do direito e a Constituição não tinha força normativa. Finda a guerra, a população se deu conta de que o culto ao legislador não foi suficiente para impedir regimes totalitários e passou a defender que as garantias até então previstas nas Constituições não eram suficientes para evitar excessos por parte do Parlamento. Sob essa nova perspectiva, foram promulgadas as Constituições da Itália em 1947, da Alemanha em 1949, Portugal e, 1976 e da Espanha em 1979. Todas elas tiveram como enfoque a dignidade da pessoa humana em resposta à proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Maria Benedita Urbana enumera os diversos fatores que propiciaram a valorização das Constituições, com especial destaque para sua dimensão material⁷. O primeiro deles diz respeito à necessidade de se vislumbrar no texto constitucional a regulação para a própria sociedade – sem se circunscrever exclusivamente aos ditames de organização do Estado e ao limite de atuação dos governantes, devendo, também, ser o instrumento por meio do qual se assegura o ideal de justiça a se refletir na ordem econômica e social. O segundo fator de valorização da Constituição residiu na percepção de falibilidade do legislador, comprovada em experiências históricas catastróficas, a exemplo do nazismo, as quais evidenciaram que o legislador falhou em seu papel de proteção das pessoas e do próprio conceito de justiça, ou seja, passa-se a clamar por uma lei fundamental soberana que delineie, inclusive, a atuação

⁷ URBANO, Maria Benedito – **Curso de Justiça Constitucional. Evolução histórica e Modelo de Controlo da Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 66-67, ISBN 978-972-40-6194-8.

legislativa. Na sequência, a autora também aponta como fator o crescimento de uma desconfiança – que chega a ser crônica – no poder judicial, visto que a experiência do constitucionalismo europeu continental (em que os juízes eram subservientes aos monarcas) demonstrou a imprescindibilidade de se consolidar a constituição com força normativa suprema. Por último, mas não menos importante, menciona-se que permanência, ainda no século XIX, de constituições monárquicas em vários países europeus, contribuiu para a valorização e consolidação de uma Constituição suprema, isso porque tais constituições outorgadas pelos monarcas não consubstanciavam um pacto político-social.

Se em um primeiro momento, conforme narrado, a Constituição configura uma forma de combate ao absolutismo monárquico, no segundo momento, passa a ser o meio pelo qual se materializa o Estado Social de Direito – chamado pela doutrina de segunda geração de direitos e que foi marcada pela Constituição do México de 1917, e a de Weimar de 1919, influenciando a Constituição brasileira de 1934.

Em certos países, essa tendência foi mais intensa – dirigismo constitucional – com a intenção de impor ao legislador e ao administrador deveres de atuação positiva. Porém, essa aplicação do espaço constitucional passou a ser questionada a partir do quarto final do século XX, no movimento pela desregulação e pela volta ao minimalismo constitucional do liberalismo.

Do ponto de vista dogmático, no constitucionalismo europeu prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais seriam diretivas políticas endereçadas especialmente ao legislador e, portanto, não seriam propriamente normas jurídicas. A superação dessa perspectiva deu-se no segundo pós-guerra, com a perda do predomínio do positivismo jurídico e com a ascensão dos princípios constitucionais admitidos como uma reserva de justiça entre o indivíduo e o poder público.

A partir do triunfo do movimento constitucional do século XIX, de acordo com JJ Gomes Canotilho⁸, surge o conceito ideal de Constituição, vinculado a uma percepção político-liberal, a qual exige que a constituição seja um documento escrito e lhe imprime a característica distintiva de ser meio de consagração das garantias de liberdade e do princípio da divisão de poderes.

Atualmente, é frequente o uso do termo «neoconstitucionalismo», ou «constitucionalismo contemporâneo», período vivenciado por países da Europa desde os anos

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 52. ISBN 978-972-40-2106-5.

50, 60. No Brasil, o movimento de pós-guerras mundiais foi marcado pelas Constituições de 1946, de 1967, a nova ordem introduzida pela Emenda Constitucional 1 de 1969, que deflagrou o Ato Institucional nº5 de 1968 e, por fim, pela Constituição Federal de 1988.

A expressão «neoconstitucionalismo» tem sido utilizada por parte da doutrina para designar algo novo, um estado do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela constitucionalização do Direito, caracterizado pela força normativa da Constituição e pelo destaque a princípios constitucionais.

Para justificar a existência de um novo período no direito constitucional, Humberto Ávila⁹ aponta os avanços defendidos por parte da doutrina, dentre os quais se destaca uma intensificação e um foco maior em princípios ao invés de regras; em ponderação ao invés de subsunção; em justiça particular e concreta ao invés de justiça geral e abstrata. Com isso, o Poder Judiciário assume um papel de destaque, quando comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, assim como a Constituição passa a ocupar posição hierarquicamente superior às demais leis.

Em resposta aos regimes autoritários e totalitários, o neoconstitucionalismo dispõe de mecanismos de interpretação e aplicação do direito e de questões ético-morais, relegadas pela tradição liberal clássica a um segundo plano, assumindo *status* diferenciado. Com isso, diferentemente da concepção de positivismo extremo, o neoconstitucionalismo está intimamente relacionado à ideia de justiça social, equidade e valores norteadores da moralidade – trata-se, assim, de um pós-positivismo.

Além de reconhecer um amplo rol de direitos fundamentais, também convém destacar como importante traço do neoconstitucionalismo a atribuição de força normativa superior aos dispositivos constitucionais. Isso porque a partir do momento em que a Constituição passa a ter o *status* de norma jurídica, passa a desfrutar de atributos de norma; entre eles, a imperatividade, deixando de ter comandos apenas de ordem moral. Ademais, por ser hierarquicamente superior, vincula os poderes do Estado, inclusive o Poder Legislativo. Ou seja, a Constituição é erigida ao patamar singular de garantidora de direitos, racionalizadora de excessos e, por consequência, mediadora de ingerências políticas que possam colocar em risco o próprio conceito de justiça social.

⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** [Em linha]. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. [Consult. 12 nov. 2018]. Disponível na internet: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. ISSN 1981-187x.

Outra peculiaridade do neoconstitucionalismo é a afirmação do direito em uma dimensão principiológica. Os princípios, nessa leitura, adquirem papel diferente daquele desempenhado pelos chamados princípios gerais do direito, pois passam a ser dotados de poder normativo. Com isso, por serem mais flexíveis, as tensões entre princípios não poderiam ser solucionadas por meio dos critérios tradicionais de resolução de antinomias (cronológico, hierárquico e da especialidade). De acordo com o modelo pós-positivista, a colisão entre princípios acontece no plano da concretização. Assim, no momento da interpretação e da aplicação do direito no caso concreto, existe a opção por um princípio em detrimento do outro, embora a validade jurídica de todos eles permaneça íntegra. Essa técnica da ponderação dos princípios passou a ser largamente utilizada no equacionamento desse tipo de conflito em busca de uma solução razoável.

Como se vê, o surgimento desse novo discurso no Direito Constitucional está muito relacionado à mudança no arranjo estatal, especialmente pela constitucionalização de direitos fundamentais e de conteúdos morais, que passaram a estar na hierarquia jurídico-normativa mais elevada e a contar com a proteção dos Tribunais instituídos para defesa do sistema constitucional. Afinal, o fenômeno da Constitucionalização impõe uma atuação maior por parte do Poder Judiciário, que interpreta as normas constitucionais e exerce a função de guarda da Constituição. Nesse sentido, ensina Lenio Luiz Streck¹⁰:

Pode – se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político – jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior do qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normalidade dos princípios) e na teoria da interpretação.

Diante desse novo cenário, emerge uma grande preocupação com a efetividade da Constituição e com a criação de mecanismos de concretização dos direitos e normas nela previstos, razão pela qual esse novo direito constitucional pós-guerra também é marcado pela expansão da jurisdição constitucional e a criação de tribunais constitucionais em diversos países.

1.2. Justiça e Jurisdição Constitucional

¹⁰ PRIETO, Luis. Constitucionalismo y Positivismo. Mexico: FontaMara, 1999, p.420.

A Justiça Constitucional é apenas um dos meios – certamente o mais utilizado – para garantir que a Constituição seja respeitada¹¹. Existem outras formas de garantir a aplicação da Constituição, seja de forma genérica, por meio da afirmação do Princípio da Separação dos Poderes, seja de forma específica, ao estabelecer limites à revisão constitucional; salvaguardar garantias ainda que em situações de anormalidades ou excepcionalidade constitucional; consagrar a responsabilidade civil do Estado na hipótese de violação aos direitos fundamentais, entre outros¹².

Para Nanci de Melo e Silva¹³, a jurisdição constitucional é o que garante que o Estado Democrático de Direito não seja uma realidade meramente retórica. O fundamento deste entendimento é a necessidade de se ter uma estrutura que possibilite equilibrar a instabilidade das normas jurídicas, inclusa a constitucional, por meio das garantias constitucionais da jurisdição (sistêmicas e processuais).

Não existe, no entanto, uma aceção de «justiça constitucional» consensualmente aceita pela doutrina e as definições apresentadas são demasiado genéricas. A título meramente exemplificativo, vale citar algumas definições¹⁴, de acordo com Maria Benedita Urbano:

- 1) Justiça constitucional «como a garantia jurisdicional da constituição», ou como a aplicação judicial da constituição, vale dizer, como a intervenção dos tribunais na defesa da constituição, por meio da resolução de questões jurídico-constitucionais;
- 2) Justiça constitucional como «jurisdição especializada encarregada de controlar a constitucionalidade das leis» (sentido empregado por Kelsen);
- 3) Justiça constitucional como «jurisdição especializada no conhecimento de determinados processos constitucionais» (sentido por vezes utilizado por Zagrebelsky);
- 4) Justiça constitucional como «regulação de questões jurídicas à luz da Constituição»;
- 5) Justiça constitucional como solução de litígios de direito constitucional;
- 6) Justiça constitucional como a «totalidade da atividade judicial de aplicação da Constituição, seja ela realizada por tribunais especializados ou por tribunais ordinários, seja ela

11 A terminologia jurisdição constitucional é gênero enquanto controle de constitucionalidade é espécie, tendo em vista que existem diversas manifestações da justiça constitucional.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887-889. ISBN 978-972-40-2106-5.

13 SILVA, Nanci de Melo e – **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 11. ISBN 857308538x.

14 Todos estes sentidos foram recolhidos na obra: URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 14. ISBN 978-972-40-6194-8.

praticada de maneira concentrada ou difusa» (sentido por vezes utilizado por M. Aragón Reyes).

Ao analisar as definições supramencionadas, é possível inferir que elas traduzem a justiça constitucional em suas diversas funções, sem que uma definição exclua a outra, ao contrário, trata-se de conceitos complementares. Veja-se: o empirismo jurídico evidencia que a justiça constitucional reveste-se de intervenção dos tribunais para a defesa e concretização da Constituição, podendo ser que tal vertente tenha igualmente como finalidade solucionar litígios e exercer o controle de constitucionalidade. De todo modo, diversamente das demais definições, a última não restringe a justiça constitucional ao controle de constitucionalidade das leis, embora este consubstancie a sua face mais visível.

Conquanto não haja consenso na definição de Justiça Constitucional, é certo afirmar que esta diz respeito a toda e qualquer atuação do Poder Judiciário para concretizar os direitos e garantias constitucionais em observância ao seu *status* de norma jurídica superior. Não se restringe, portanto, à fiscalização da constitucionalidade das leis. Como exemplo, podemos citar a atividade hermenêutica exercida pela justiça constitucional com foco na concretização das normas da Constituição, bem como na sua modificação por meio da interpretação evolutiva, de forma a ajustar alguns preceitos a novas realidades políticas, sociais e econômicas (mutação constitucional). Corroborando com este entendimento, assevera Cappelletti¹⁵ que «o controle de constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a «*Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães», sendo tal controle apenas uma das funções da justiça constitucional.

Como pressupostos da justiça constitucional existem três princípios do constitucionalismo moderno: o primeiro está relacionado à concepção normativa da Constituição e sua percepção como lei suprema. Essa ideia de supremacia da Constituição advém da teoria da estrutura escalonada do ordenamento jurídico proposta por Hans Kelsen. Segundo esta construção, as normas de escalão superior determinam não apenas o conteúdo das normas de escalão inferior, mas também sua validade e efetividade – princípio da conformidade das normas de escalão inferior face às normas de escalão imediatamente superior¹⁶.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 23-24. [Consult. 15 fev. 2018]. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/334/441>>.

¹⁶ KELSON, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1987.

O segundo princípio – intrinsecamente relacionado ao primeiro – é a ascensão da Constituição a parâmetro de validade de todos os atos do poder público. Afinal, por estar no topo do ordenamento jurídico, ela vincula todos os poderes públicos – princípio da constitucionalidade. Em verdade, este princípio resguarda perfeita correlação com uma das definições de justiça constitucional, já mencionadas, de acordo com a qual a justiça constitucional seria o exercício jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis.

Nesse sentido, o artigo 3º, nºs 2 e 3 da Constituição Portuguesa, materializa a subordinação do Estado à Constituição ao dispor que tanto as leis quanto todos os demais atos e órgãos públicos, para terem validade, precisam estar em estrita conformidade com a Constituição. Na mesma linha, o artigo 277º, nº 1, decreta a inconstitucionalidade das normas contrárias à Constituição ou aos seus princípios.

O terceiro princípio é de que a guarda da Constituição deve ser confiada a um tribunal por ser uma garantia judicial. Isso porque a existência de uma justiça constitucional impõe que se «diga o direito» em litígios de natureza constitucional – chamada de jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional é a atividade jurisdicional desempenhada pelos juízes e/ou Tribunais constitucionais. Tal atividade pode ser entregue a tribunais já existentes ou a um órgão específico criado só para o efeito. Existem, portanto, dois modelos. No modelo unitário, não são criados tribunais especiais e as atividades que envolvam justiça constitucional são de competência dos tribunais ordinários superiores, inferiores, ou ambos. Já no modelo da separação, as atribuições atinentes à justiça constitucional são entregues nas mãos de um órgão específico, destacado da ordem jurídica ordinária.

Para Hans Kelsen¹⁷, tal função deve ser desempenhada por um tribunal próprio – Tribunal Constitucional – situado fora das ordens judiciárias comuns. Convém frisar a correlação deste princípio com outras duas definições de justiça constitucional – intervenção dos tribunais para defesa da Constituição e justiça constitucional como solução de litígios. Afinal, a efetiva concretização das regras e dos princípios constitucionais depende de uma atuação constante e sempre atenta da jurisdição constitucional. É por meio das efetivas decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais que esses valores supremos ganham uma real dimensão.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 2006.

Para Alexandre de Moraes¹⁸, é necessário compatibilizar o governo da maioria e o controle jurisdicional de constitucionalidade com base em três pilares: composição dos Tribunais Constitucionais, aceitação popular de suas decisões, além da complementariedade entre a Democracia e o Estado de Direito. Especialmente quanto a este pilar, o jurista chama a atenção para a eventual possibilidade de se instaurar um conflito de legitimidade entre a justiça constitucional e legislativa (expressa em vontade da população) quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade. Veja-se: no exercício desse controle, o entendimento dos juízes se sobrepõe – caso venha a ser declarada a inconstitucionalidade da lei – à vontade o Poder Legislativo, representante das aspirações populares.

Todavia, se por um lado se impõe um confronto de legitimidade entre o poder constitucional judicante e o poder legiferante que, em tese, pode conduzir a um questionamento quanto à democracia representativa, por outro, reforça-se a supremacia da Constituição e, por conseguinte, a existência do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. A justiça constitucional, portanto, seria um dos instrumentos de controle entre os poderes e se torna ainda mais relevante quando analisamos seus objetivos, em regra, voltados para a garantia do equilíbrio constitucional entre os diferentes poderes do Estado e, com isso, evitar o desequilíbrio do sistema político e garantir os direitos fundamentais, tanto nas relações jurídico-privadas, como nas relações entre os cidadãos e o poder público.

Nesse diapasão, Jorge Reis Novais¹⁹ pondera que a justiça constitucional é pressuposto imprescindível para a edificação e manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que se impõe a necessidade de uma justiça dedicada ao exercício do controle de constitucionalidade, mormente, no que diz respeito à proteção e ao cumprimento dos direitos fundamentais pelos poderes públicos e até mesmo pela lei. Perante esta percepção, consigna-se a proeminência da atuação da justiça constitucional diante de um conflito jurídico, vez que, instaurada a controvérsia, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a resolução deve ser inquestionavelmente atribuída ao poder judicial constitucional.

Dessa forma, pode-se afirmar que é cristalina a importância da Justiça Constitucional para garantir e dar efetividade aos direitos fundamentais e, por assim dizer, para assegurar a manutenção do Estado Democrático de Direito.

¹⁸ MORAES, Alexandre de – **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66-67. ISBN 9788522447817.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 27. ISBN 978-972-40-5825-2.

Em Portugal, a justiça constitucional não consagra vias processuais específicas de proteção jurisdicional de direitos fundamentais, da competência do Tribunal Constitucional, a exemplo do recurso de amparo adotado por outros países da Europa e a queixa constitucional do direito alemão. O único instrumento específico de proteção jurisdicional de direito fundamental no sistema português é o *habeas corpus* – art. 31.º da Constituição – podendo haver recursos das decisões proferidas para o Tribunal Constitucional, o que não significa que tais direitos tenham uma proteção jurisdicional mais fraca²⁰. Isso porque todos os cidadãos que se sintam lesados nos seus direitos fundamentais podem recorrer a quaisquer tribunais. Ademais, desde 1976, foi criado um Tribunal Constitucional²¹ com competência específica para prestar jurisdição constitucional e, com isso, salvaguardar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. A todos os cidadãos, portanto, é garantido o acesso aos tribunais²², para defesa dos seus interesses legalmente protegidos e uma decisão em prazo razoável, de modo a obter a tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações a direitos (arts. 17.º e 20.º, n.ºs 1, 2 e 5, todos da Lei Fundamental).

No Brasil, além do controle de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, o ordenamento jurídico brasileiro prevê outras ações ou remédios constitucionais para resguardar direitos fundamentais que possibilitam, em certos termos, a intervenção do Supremo Tribunal Federal: mandado de segurança²³, *habeas corpus*²⁴, *habeas data*²⁵, ação popular²⁶, ação civil pública²⁷ e mandado de injunção²⁸, todos destinados a resguardar direitos fundamentais.

²⁰ Durante a Revisão Constitucional Portuguesa de 1989, houve uma ampla discussão sobre a proposta de criação de uma «ação constitucional de defesa» perante o Tribunal Constitucional contra atos ou omissão dos poderes públicos que violassem direitos e garantias, quando não estivessem sujeitos à impugnação junto aos demais tribunais; e de um «recurso constitucional de defesa» contra atos ou omissões dos tribunais que violassem direitos e garantias, após o esgotamento dos recursos ordinários. Porém, a proposta – inspirada no «recurso de amparo» espanhol – não obteve aprovação do quórum necessário. Após, também no decorrer do processo de revisão constitucional que ensejou a publicação da Lei nº 1/97, houve nova tentativa no mesmo sentido e novamente não houve consenso necessário.

²¹ No Brasil, compete ao STF a guarda da Constituição – Art. 102 da CF/88.

²² A Constituição Portuguesa reconhece aos particulares amplo acesso à justiça administrativa – art. 268.º n.ºs 4 e 5, e uma proteção jurisdicional sem lacunas – princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa. Também existe o meio processual da «intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias» - art. 109º a 111º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei nº 15/2002, de 2 de outubro de 2002.

²³ Art. 5º, LXX, LXIX, ambos da CF/1988 e Lei 12016/2009.

²⁴ Art. 5º, LXVIII da CF/1988.

²⁵ Art. 5º, LXXII da CF/1988.

²⁶ Art. 5º LXXIII da CF/1988 e Lei 4717/1965.

²⁷ Art. 129, III da CF/1988 e Lei 7347/1985.

²⁸ Art. 5º, LXXI da CF/1988 e Lei 13300/2016.

1.3. Tribunal Constitucional Português

A criação de um Tribunal Constitucional²⁹ parte do pressuposto de que não basta a lei ser produzida por representantes do povo. A validade das leis e os demais atos do poder público devem estar em harmonia com a Constituição e seus princípios, cabendo ao Tribunal Constitucional assegurar essa subordinação. Para isso, a Constituição lhe atribui a especial competência de administrar a justiça em matéria jurídico-constitucional e, assim, fiscalizar a constitucionalidade das leis.

O movimento de criação de Tribunais Constitucionais iniciou-se em 1920³⁰, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia e a Alta Corte Constitucional da Áustria. Uma segunda onda surge em 1945, no período pós a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, Turquia, França e Iugoslávia, e, em 1970, países como Portugal, Espanha, Grécia, Bélgica, Polónia, Hungria, Armênia, Romênia, Bulgária, Albânia, Lituânia e Rússia também criaram Tribunais Constitucionais. Isso porque, embora o elenco dos direitos fundamentais presentes na Constituição portuguesa, brasileira, alemã e de outros países seja diferente, em todas essas ordens constitucionais há um poder judicial independente e uma justiça constitucional para assegurar que o Poder Público respeite tais direitos, sendo a justiça constitucional atribuída a um Tribunal Constitucional ou a um Supremo Tribunal.

Em Portugal, com o advento da Lei de Revisão Constitucional de 1982, que alterou a Constituição de 1976, foi criado um Tribunal Constitucional com competência específica para prestar jurisdição constitucional³¹. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional de Portugal é definido no artigo 221º da Constituição Portuguesa, como «o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional». Para isso, realiza, dentre outras atribuições, a fiscalização preventiva de constitucionalidade para

²⁹ A composição dos tribunais de Justiça Constitucional obedece a dois sistemas: por eleição e por nomeação. Nos Estados Unidos, os magistrados que atuam no Tribunal Supremo são nomeados pelo Presidente com a aprovação e confirmação do Senado. Na Europa continental, na qual impera o modelo de Justiça constitucional concentrada em um tribunal especial, destacado dos tribunais ordinários (modelo kelsiano), constata-se uma divisão de tarefas entre o poder judicial e o Tribunal Constitucional, e em muitos casos existe um sistema misto de controle subjetivo e objetivo. Nos termos do artigo 222.º/1 e 2 da Constituição Portuguesa, «o Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes. Seis de entre os juizes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre os juizes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas».

³⁰ Importante destacar a Suprema Corte Americana foi criada pelo artigo III, secção I da Constituição de 1787, ou seja, muitos anos antes desse movimento ocorrido na Europa. Sua estrutura foi dada pela *Judiciary Act* de setembro de 1789, instalando-se a Corte em 1790.

³¹ De 1976 a 1982, data em que foi criado o Tribunal Constitucional, o controle concentrado das normas era atribuição do Conselho da Revolução, órgão de natureza política, o qual também funcionava como instância recursal em sede de controle difuso.

evitar a criação de normas jurídicas contrárias à Carta Magna e à fiscalização abstrata sucessiva, por meio da qual eliminam do ordenamento jurídico as leis consideradas inconstitucionais.

Cristina Queiroz³² discorre sobre as principais competências do Tribunal Constitucional Português e destaca que suas funções observam a uma enumeração expressa³³, no sentido de que sua atuação se limita ao estabelecido na Constituição ou em sua Lei Orgânica³⁴. Em razão disso, entende a autora que a Justiça Constitucional se relaciona com a solução de controvérsias jurídicas ou com comportamentos que ameacem a ordem constitucional instituída. Todavia, seu posicionamento é de que, apesar de o Tribunal não fazer parte do sistema político, sua atuação é essencial para o equilíbrio de poderes no sistema político.

O artigo 233.º da Constituição tipifica as competências do Tribunal Constitucional, além daquelas previstas na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (artigo 166.º, n.º 2, n.º 3, da Constituição), sendo que a própria Constituição possibilita em seus artigos 164.º, alínea c, e 166.º, n.º 2, que a mencionada Lei Orgânica amplie e desenvolva as atribuições inicialmente previstas na Carta Magna. Assim sendo, embora a atividade principal do Tribunal Constitucional Português seja o controle de normas, também lhe são atribuídas outras tarefas adicionais de natureza heterogênea e, entre estas, a competência de sancionar organizações contrárias à ordem constitucional; de julgar em última instância a regularidade e validade de atos de processo eleitoral; e verificar a legalidade da constituição de partidos e suas coligações³⁵.

No âmbito nuclear das competências do Tribunal Constitucional incluem-se as formas de controle da constitucionalidade por ação - de forma abstrata (preventiva e sucessiva) e concreta³⁶ - e o controle da constitucionalidade por omissão. A Constituição Portuguesa prevê, ainda, em seu artigo 223.º/2, o controle de constitucionalidade e legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais.

³² QUEIROZ, Cristina – **Justiça Constitucional**. Petrony Editora, 2017, p. 42. ISBN 978-972-685-238-4.

³³ Artigos 223.º e 277.º/1 da CRP.

³⁴ Artigos 3.º/2 e 277.º/1 da CRP.

³⁵ Justamente por abarcar várias matérias, bastante heterogêneas, e cada ordem jurídica apresentar peculiaridades, é inviável um conceito material de justiça constitucional.

³⁶ Em sede de fiscalização concreta, o artigo 70.º/1/I da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional possibilita o controle de normas infraconstitucionais que contrariem o disposto em normas e princípios de Direito Internacional comum ou geral, normas constantes de tratados internacionais, inclusive o Direito da União Europeia.

Quanto à sua composição³⁷, nos termos do disposto nos artigos 222.º/1 e 2 e 163.º/h, ambos da Constituição Portuguesa, o Tribunal Constitucional é formado por treze juízes designados pela Assembleia da República, dez eleitos por maioria de dois terços dos deputados presentes – desde que superior a maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções – e três cooptados por esta. Seis dos juízes eleitos pela Assembleia da República ou cooptados devem ser obrigatoriamente escolhidos dentre os juízes dos demais tribunais e os restantes entre juristas (magistrados de carreira).

No ano de 2012, quando o Tribunal Constitucional Português declarou a inconstitucionalidade dos cortes dos subsídios de férias e de Natal dos pensionistas e dos funcionários públicos, passaram a existir fortes críticas à sua atuação e alguns juristas

³⁷ A composição dos tribunais de Justiça Constitucional, em regra, obedece a dois sistemas: por nomeação e por eleição. Nos Estados Unidos, os membros do Tribunal Supremo são nomeados pelo Presidente com assentimento e confirmação do Senado. Já na Europa continental, na qual prevalece o modelo de Justiça Constitucional concentrada em um tribunal especial, a escolha dos magistrados que compõem o Tribunal Constitucional é atribuída a órgãos políticos. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, todos brasileiros natos (art. 12, §3º, inc. IV, da CF/1988), escolhidos dentre os cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/1988), e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha para maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). Paulo Bonavides tece severas críticas ao critério de escolha de integrantes do STF pelo Presidente da República: «a perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo. [...] Com efeito, a independência, a credibilidade e a legitimidade da justiça constitucional no Brasil começaram de ser alvo de graves reparos que giram ao redor de dois pontos cruciais: a indicação e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República e a necessidade de desmembrar do Poder Judiciário a Corte de Justiça que, por mandamento constitucional, exerce o papel de guarda da Constituição e, logo, transformá-la em tribunal constitucional segundo o modelo austríaco. Tudo o que Luis Nunes de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, disse em sede teórica, com respeito à inconveniência daquela designação e nomeação, que afeta as garantias de independência do juiz, parece estar ocorrendo no sistema judiciário brasileiro, de forma altamente comprometedor da imparcialidade da magistratura constitucional. BONAVIDES, Paulo – Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Org.) – **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 535-545.

Na Áustria, o Tribunal Constitucional é composto por catorze juízes e, dentre eles, oito, incluindo o vice-presidente e o presidente, são nomeados pelo Presidente Federal, por recomendação do Governo Federal. Os outros seis integrantes também são nomeados pelo Presidente Federal, mas por recomendação do Conselho Nacional e do Conselho federal (art. 147.º da Constituição da Áustria). Na Bélgica os doze juízes são nomeados pelo Rei com base em uma dupla lista de candidatos submetida, alternativamente, pela Câmara de Representantes e pelo Senado, por maioria de dois terços dos deputados e senadores presentes (art. 142.º da Constituição da Bélgica e artigo 32.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, Lei de 6 de janeiro de 1989). Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal é formado por dezesseis juízes e metade deles é nomeada pela Assembleia Federal, e a outra metade pelo Conselho Federal, por maioria de dois terços (art. 94.º da Lei Fundamental e Parte I, §§ 6 e 7 da Lei Federal sobre Tribunal Constitucional). Na Itália, cinco juízes em um total de quinze, são nomeados pelo Presidente da República, cinco pelo Parlamento e outros cinco pelos tribunais superiores: Tribunal de Cassação, Conselho de Estado e Tribunal de Contas (art. 135.º/1 da Constituição italiana). Na França, nove juízes integram o Conselho Constitucional: três juízes são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado, sendo que a Constituição francesa permite que antigos presidentes da República integrem o mencionado Conselho (art. 56 da Constituição francesa).

passaram a admitir que, em momentos de crise financeira, a salvação pública deve ser a lei suprema (*salus publica suprema lex esto*) perante a qual se deve submeter os direitos individuais. Tal posicionamento coaduna-se, em parte, ao entendimento de Cristina Queiroz, anteriormente exposto, no sentido de que o Tribunal se configure como um equilíbrio de poderes dentro da esfera jurídica. Com isso, a supremacia da Constituição como lei fundamental que até então parecia uma evidência, passou a ser relativizada em situação de emergência financeira. Também existiram fortes críticas à atuação do Tribunal Constitucional por supostamente estar adentrando em questões de natureza política, indo de encontro a decisões tomadas pelo Legislativo ou Executivo, ambos os Poderes independentes e eleitos pelo povo.

1.4. Supremo Tribunal Federal

Criado em 1828, como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e compõe-se atualmente de onze ministros, escolhidos dentre pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada, maiores de 35 anos e menores de 65 anos, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria do Senado Federal.

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal era formado por dezessete Ministros (Lei de 18/09/1828) e sua competência era limitada fundamentalmente ao conhecimento dos recursos de revista e julgamentos dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos.

Em 1891, a primeira Constituição republicada, influenciada pela doutrina constitucional americana, trouxe uma nova concepção do Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal passou a exercer a função de guardião da Constituição e da ordem federativa. Nesse sentido, o artigo 59, n. 3, §1º, a e b da Constituição de 1891 lhe atribuía a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do Direito através do Recurso Especial.

A Constituição de 1934 introduziu significativas modificações no controle de constitucionalidade, em especial a possibilidade do STF apreciar a constitucionalidade de lei decretadora da intervenção federal e a proibição do Judiciário apreciar questões políticas. A carta de 1934, no entanto, foi revogada pela Constituição de 1937 - conhecida como Constituição Polaca; e representou uma ruptura com a história constitucional brasileira e um

retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade. Porém, findo o regime autocrático em 1945, surgiu uma nova Constituição democrática e desde então o STF passou a ter suas atribuições ampliadas nas Constituições subsequentes e foi adquirindo cada vez mais importância no contexto nacional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal ampliou significativamente suas atribuições e foram introduzidos novos institutos no ordenamento jurídico brasileiro – repercussão geral, súmulas vinculantes, ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – fazendo com que hoje haja predominância de elementos do controle abstrato e concentrado.

CAPÍTULO 2 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO E SUCESSIVO

Antes de adentrar no tema central do presente trabalho – a jurisdição constitucional no âmbito das crises econômico-financeiras e a garantia dos direitos sociais – vale discorrer sobre os modelos de controle de constitucionalidade e as características do sistema de fiscalização adotado por Portugal para, ao final do capítulo, apresentar um breve estudo comparado com o direito brasileiro sobre o tema.

Como foi referido, controle de constitucionalidade sobre as leis e os atos normativos parte da premissa de que a Constituição tem caráter normativo e é hierarquicamente superior às demais normas. Os diferentes momentos em que essa supremacia da constituição foi reconhecida justificam o pioneirismo dos EUA e o relativo atraso dos países europeus na implantação do controle de constitucionalidade.

Os norte-americanos foram os primeiros a reconhecerem o valor superior das normas constitucionais, o que conduziu à afirmação da rigidez da constituição e, por conseguinte, a defesa de um processo agravado de revisão e a necessidade de controle da adequação das leis com a Constituição. O controle das leis – *judicial review* – passa a ser considerado um instrumento essencial para assegurar a supremacia da Constitucional. Explica-se: a revisão judicial é o meio pelo qual se garante o respeito à constituição, de modo que nenhuma instância ou autoridade subverta o texto constitucional a seu favor e se empossa de um poder ilegítimo. Isso porque, por meio da revisão judicial, assegura-se à Corte revisar e até mesmo

anular leis e atos governamentais que violem a Constituição, razão pela qual é considerada a palavra final acerca da validade da lei.

Por outro lado, na Europa continental, onde os países adotavam constituições nominalistas e semânticas, a redescoberta da constituição como um texto de natureza jurídica somente ocorreu a partir de meados dos anos 50, primeiramente na Alemanha e na Itália.

Com efeito, todo e qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto –, deve estar em consonância com a Constituição e qualquer antinomia ou conflito que agrida o postulado da primazia da Carta Magna e, com isso, comprometa a harmonia do ordenamento, deve ser submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Alexandre de Moraes³⁸ salienta que a disposição normativa hierárquica é condição básica para a supremacia da Constituição, que servirá de arcabouço orientativo para a produção de normas inferiores, sendo certo que as Constituições a supremacia se revela, inclusive, pela impossibilidade de um ato normativo infraconstitucional poder modificar ou suprimir o texto constitucional³⁹.

Nos dizeres do Professor José Afonso da Silva⁴⁰, o princípio da supremacia da constituição significa que «a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos». Para o jurista, somente o fato de a Constituição salvaguardar as normas fundamentais de Estado já denota e justifica sua superioridade em relação às demais normas e dessa superioridade decorre o que Alexandre de Moraes chama de princípio da compatibilidade vertical, de acordo com o qual «as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior».

O reconhecimento formal quanto à supremacia da Constituição é pressuposto lógico e primário para que se possa exercer qualquer tipo de controle de constitucionalidade, pois caso a Constituição não seja concebida como lei básica de um Estado, vinculante das normas infraconstitucionais, da atuação dos poderes públicos e da vivência em sociedade, não há como se garantir a organização e existência do próprio Estado, bem como dos direitos fundamentais. Estar-se-ia, dessa forma, esvaziando a competência e, sobretudo, a importância da justiça constitucional. Destarte, a Constituição da República Portuguesa, bem

³⁸ MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 689. ISBN 9788522446155.

³⁹ Supremo Tribunal Federal – Agravo de Instrumento n.º 174.811-7/RS - rel. Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 2 de maio de 1996, p. 13.770.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 47-49.

como a Constituição da República Federativa do Brasil, trazem mecanismos de controle preventivo e repressivo de constitucionalidade, destinado a confrontar atos normativos infraconstitucionais com o texto constitucional e, em casos de incompatibilidade, afastar tais normas do ordenamento jurídico.

2.1. Evolução Histórica

A invocação da Constituição como elemento limitador e interpretativo da atuação legislativa ocorreu pela primeira vez em 1609, na Inglaterra, no caso jurisprudencial do Dr. *Thomas Bonham*, ocasião em que o juiz inglês *Lord Edward Coke* defendeu a tese de que o *common law* tinha um valor superior às leis do Reino. Segundo ressaltado por Nuno Cunha Rolo⁴¹, na mencionada decisão, o Juiz *Coke* firmou o posicionamento no sentido de que, com base na *common law*, as leis parlamentares sofrem controle e poderão ser julgadas nulas, sob o fundamento de ser o *common law* o «âmago enformador do Direito». Na ocasião, a despeito de o estatuto ter sido aprovado pelo Parlamento inglês e sancionado pelo Rei, foi considerado contrário ao *common law* por violar o primado *nemo iudex in re sua* – ninguém pode ser juiz em causa própria.

É inequívoca a importância da doutrina desenvolvida por Sir Edward *Coke*⁴², que atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem a *common law*. Aplicada na Inglaterra e nas colônias inglesas durante o século XVII, a tese foi transferida para o campo constitucional e propiciou o desenvolvimento da *judicial review* nos Estados Unidos.

Em 1803, a *judicial review of legislation* foi incorporada⁴³ ao direito constitucional americano com a decisão proferida no famoso caso *William Marbury versus James Madison*, julgado pelo Juiz John Marshall⁴⁴, da Suprema Corte norte-americana, no qual proclamou a

⁴¹ N. Cunha Rolo – **Direito público comparado. A fiscalização concreta em Portugal e o controle difuso da constitucionalidade em direito comparado**. ISSN 0873-495x. Lisboa. Vol. 3 nº 1(1998) e Vol. 4 nº1 (1999).

⁴² FRANCO, Afonso Arinos de Melo – **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, v. I, p. 60.

⁴³ A despeito da importância do caso *Marbury v. Madison* como marco para consolidação do *judicial review*, de 1803 a 1857, apenas uma lei federal foi objeto de controle de fiscalização. No caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), o Judiciário apreciou a lei que não reconhecia a cidadania norte-americana aos escravos e aos seus descendentes e determinava que a Constituição federal não se lhes aplicava, e decidiu pela sua constitucionalidade. A consolidação plena da *judicial review* só se deu no século XX, com a aplicação da legislação do *New Deal* do Presidente Roosevelt.

⁴⁴ Alguns autores como *James O'Fallon* sustentam que *Marbury v. Madison* foi um caso eminentemente político e que alguns juristas exageraram no interesse de Marshall em razão da necessidade de fortalecer a doutrina do

supremacia da constitucional em relação a qualquer lei ordinária do parlamento e a autoridade dos tribunais para invalidar uma lei.

John Adams, presidente dos Estados Unidos da América, foi derrotado na eleição presidencial, e antes de ser sucedido por *Thomas Jefferson*, nomeou diversos juízes de paz e, entre eles, *William Marbury*, cuja nomeação para o cargo foi assinada por Adams, sem, no entanto, ter-lhe sido entregue a comissão. Jefferson, por sua vez, ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado e, ao constatar que a nomeação de *Marbury* estava incompleta, determinou que Madison não a efetivasse. Inconformado, *Marbury* impetrou *writ of mandamus* e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América precisou enfrentar a matéria.

Em seu voto, o Juiz *John Marshall* analisou diversos aspectos, dentre os quais a competência da Suprema Corte para apreciar ou não, aquele remédio de *writ of mandamus*. Isso porque a Constituição dos Estados Unidos previa a jurisdição originária do Supremo Tribunal «em todas as causas concernentes aos embaixadores, outros ministros públicos e cônsules, e nos litígios em que for parte o Estado». Nas demais causas, a jurisdição do Supremo Tribunal seria apenas em grau de recurso. Por outro lado, a Lei – seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789 –, determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte. Ou seja, pela primeira vez a Suprema Corte deparou-se com conflito de tal natureza - Constituição *versus* norma posterior.

controle da constitucionalidade. Na visão desses autores, porém, Marshall ter-se-á limitado a defender a posição de seu partido (os Federalistas) e que os fundamentos teóricos da *judicial review* já teriam sido desenvolvidos por Alexander Hamilton. O contexto histórico-político era o da defesa pelos federalistas de um Estado central forte enquanto os anti-federalistas pretendiam fortalecer os Estados federados em detrimento do Estado central. Em 1800, o até então Vice-Presidente Thomas Jefferson, do partido Democrático-Republicano, concorre às eleições presidenciais e vence o então Presidente, John Adams, federalista, que se recandidatava a um segundo mandato. No Congresso também dominava o Partido Democrático-Republicano. Diante deste novo contexto político, os Federalistas tentaram dominar o poder judicial por meio de uma reforma do sistema judiciário para aumentar o peso dos Federalistas. Nesse sentido, em 13 de fevereiro, foi aprovado o *Judiciary Act* de 1801 – também conhecido como *Midnight Judges Act* – para alterar o *Judiciary Act* de 1789. Dentre outras medidas, o novo diploma legal diminuiu de 6 para 5 o número de juízes da Suprema Corte com o intuito de neutralizar o poder de nomeação do futuro presidente. Por outro lado, ampliou o poder judicial federal ao duplicar o número de tribunais federais, criar 10 novos *district courts* e nomear novos juízes para estes tribunais. Pouco antes da posse do novo Presidente houve aprovação do *District of Columbia Organic Act*, o qual criou um novo *circuit court* com a previsão de 42 novos juizados de paz. William Marbury, fervoroso federalista, foi um dos nomeados para o cargo de juiz de paz e, assim como as demais nomeações, deveria ser confirmada pelo Senado. Quando Thomas Jefferson tomou posse como presidente, percebeu a manobra política de seu antecessor e, tão logo obteve a maioria no Congresso, ordenou a James Madison, seu secretário de Estado, que suspendesse o envio das comissões para os recém-nomeados juízes de paz para que eles não tomassem posse, sendo esse o caso de *William Marbury*. Foi então que *Marbury* ingressou com ação contra James Madison, enquanto responsável pela não atribuição do cargo em questão. Tal disputa acelerou a aprovação do *Repeal Act* pelo Congresso, agora majoritariamente antifederalista, e com isso derogou o *Judiciary Act* de 1801, voltando a vigorar o *Judiciary Act* de 1789 com todas suas consequências, inclusive o afastamento dos juízes nomeados por John Adams.

Ao proferir seu voto, Marshall concluiu pela inconstitucionalidade da norma que atribuía à Suprema Corte a faculdade para apreciar *writs of mandamus* (Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789), tendo em vista que ela ampliava as competências taxativamente conferidas pelo Artigo III da Constituição Federal, em sede de jurisdição ordinária àquele Tribunal. Ponderou ser «uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela. Ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários». Explica, em seu voto, que não há meio termo, ou se consagra a constituição como lei superior predominante ou se desconsidera por completo sua supremacia, ocasião em que deve se aceitar sua mutação pelos meios ordinários. Aceitando-se a primeira premissa, evidencia-se a verdadeira essência do Poder Judiciário, na medida em que, consoante Marshall, compete a este Poder a missão de fazer cumprir a Constituição, enquanto regramento superior a qualquer «resolução ordinária»⁴⁵.

Assim, embora a Constituição americana não contemplasse expressamente o controle de constitucionalidade, pela primeira vez a Suprema Corte dos Estados Unidos manifestou-se pela prevalência da Constituição, por ser hierarquicamente superior.

Alexander Hamilton⁴⁶ sustentava, de forma contundente, a supremacia da Constituição e a necessidade de protegê-la, de preferência entregando a sua guarda aos juízes por serem eles «os menos perigosos». De acordo com o autor, «é muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade». Seriam, portanto, os tribunais, o meio legítimo encontrado de se exercer o controle de constitucionalidade, sem que isso significasse uma sobreposição de poderes – superioridade do poder judicial em relação ao legislativo. Em verdade, a atuação dos tribunais, em sede de controle de constitucionalidade, é o reconhecimento da superioridade do poder do povo, consubstanciada na Constituição, à qual deve se submeter um juiz ao intervir judicialmente, de tal forma que suas decisões sejam balizadas pelas normas fundamentais.

No final do século XVIII, após a Revolução Francesa, nasceram dois modelos antagônicos: o modelo de fiscalização política⁴⁷, que teve origem na França e atribuía aos políticos, na qualidade de representantes do povo, a função de proteger a Constituição; e o

⁴⁵ MARSHALL, John – **Decisões Constitucionais de Marshall**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1903, p. 24-26.

⁴⁶ HAMILTON, Alexander [et al.] – **O Federalista – um comentário à constituição americana**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 314.

⁴⁷ URBANO, Maria Benedito – **Curso de Justiça Constitucional. Evolução histórica e Modelo de Controle da Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, p. 28-29. ISBN 978-972-40-6194-8.

modelo de fiscalização judicial, inerente à cultura anglo-americana de *checks and balances* entre os diferentes poderes, como mecanismo de controle do poder político e garantia dos direitos dos cidadãos.

Contudo, no século XX surge o modelo baseado nas percepções de Hans Kelsen, segundo o qual a garantia da Constituição deve ser atribuída a um tribunal especializado em questões constitucionais. Diversos países da Europa passaram a adotar esse modelo de fiscalização constitucional concentrada, com um tribunal próprio especializado, a exemplo da Alemanha, da Itália, da Áustria, da Espanha e da Bélgica, além de alguns estados sul-americanos como o Chile, o Peru e a Guatemala.

A origem do modelo de constitucionalismo dos países latino-americanos, em muitos aspectos, tomou como base a Constituição norte-americana de 1787, momento a partir do qual passou a introduzir, gradativamente, o ideal de revisão constitucional das leis. Esse modelo americano contemplava o sistema difuso (conformidade das leis perante a constituição diante do caso concreto); *ex officio* ou a pedido (via incidental); e a declaração de inconstitucionalidade das medidas legislativas com efeitos para os casos concretos. No pós Segunda Guerra Mundial, insurge-se o modelo europeu (também conhecido como austríaco), que, em um primeiro momento, segue a mesma lógica do modelo americano, no sentido de possibilitar que juízes ordinários analisassem a conformidade das disposições legislativas e, em um segundo momento, passa a não mais possibilitar essa forma de controle de constitucionalidade, passando a defender a criação de um Tribunal especializado.

Com isso, passam a existir três modelos típicos: (i) fiscalização política, cujo controle de constitucionalidade fica a cargo do Parlamento; (ii) fiscalização judicial difusa, caracterizada por conferir a todos os tribunais o poder de apreciar a aplicação de leis inconstitucionais – fiscalização é difusa, conforme o caso concreto (decisão produz efeito entre as partes); e incidental (na medida em que a apreciação da constitucionalidade não é a questão principal mas surge como um incidente do processo); (iii) fiscalização judicial com modelo concentrado em um Tribunal Constitucional, criado para fiscalizar de forma abstrata, ou seja, aprecia a constitucionalidade da norma e, caso seja considerada inconstitucional, a decisão produzirá efeitos *erga omnes*. Esses são os modelos típicos, mas diversos países adotaram modelos mistos. Os primeiros seriam os sistemas inglês e francês, nos quais os juízes são incompetentes para conhecer e decidir a constitucionalidade; o segundo seria o sistema adotado no Estados Unidos, Argentina, Canadá, Portugal e Brasil (no período entre a Constituição de 1891 até a Emenda Constitucional n.º 16/65), em que os juízes são

competentes para conhecer e decidir sobre a constitucionalidade, sendo oportunizado recorrer de tal decisão para o Superior Tribunal Federal; e, por fim, o sistema austríaco, que permite aos juízes conhecer, mas não decidir quanto à constitucionalidade, sendo restringida esta competência ao Tribunal Constitucional⁴⁸.

Estes seriam os modelos basilares, porém, neles não se esgotam os sistemas de fiscalização da constitucionalidade, havendo outros, a exemplo do português e do brasileiro (após Emenda Constitucional n.º 16/65), os quais incorporam características da prática americana e austríaca, mantendo suas especificidades.

Por derradeiro, foi criado um sistema de fiscalização interestadual com vistas a dar efetividade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Dessa forma, os cidadãos passaram a ter um mecanismo de queixa individual⁴⁹, podendo recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em defesa de direitos fundamentais. No entanto, tendo em vista a soberania dos países, as decisões do Tribunal Europeu são apenas declarativas e a execução dependerá da vontade do Estado.

2.2. Sistema Atual de Fiscalização em Portugal

Durante o período monárquico, as Constituições Portuguesas de 1822, 1826 e 1838 não contemplavam nenhuma possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis e demais atos poder público. Durante o século XIX, no entanto, especialmente durante a vigência da Carta Constitucional de 1842 a 1910, a prática de decretos ditatoriais colocou em xeque os abusos de poder.

É assim que a Constituição de 1911, por influência da Constituição brasileira de 1891, estabelece pela primeira vez um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e demais atos jurídico-públicos por meio de um sistema difuso atribuído aos tribunais ordinários.

A Constituição de 1933 manteve o sistema difuso de constitucionalidade, mas com restrições. Diferente do que acontecia no quadro da Constituição de 1911, a de 1933 excluía a

⁴⁸ MIRANDA, Jorge – A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 15. [Em linha] [Consult. 25 fev. 2019]. Disponível em: < >.

⁴⁹ Art. 34 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: «o Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.»

possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade «orgânica» e «formal» dos diplomas promulgados pelo Presidente da República ou de normas de tratados ou acordos internacionais, cujo controle caberia à Assembleia Nacional⁵⁰.

Durante o período revolucionário em 1974, em um contexto de ditadura militar à época vigente, cabia ao Conselho de Estado e, posteriormente, ao Conselho da Revolução, o controle político concentrado e por via sucessiva da constitucionalidade das leis.

Essa renúncia da competência por parte dos tribunais para fiscalizar a constitucionalidade dos diplomas editados pelo Presidente da República gera uma ruptura de garantias políticas e está na origem da criação, em 1976, da Comissão Constitucional.

O controle da constitucionalidade das leis e dos demais atos jurídico-públicos, assim como as demais constituições europeias do II pós-guerra, passa a ser considerado um componente fundamental do Estado de Direito democrático proclamado no artigo 2º. Em um primeiro momento, o controle de constitucionalidade foi atribuído ao Conselho da Revolução – órgão considerado *sui generis* por ser político, militar, legislativo e de controle –, coadjuvado por uma comissão constitucional como órgão técnico de consulta. O referido Conselho exercia uma fiscalização política e jurídica, aproximando-se de uma verdadeira jurisdição constitucional. Em sua versão originária, o Conselho da Revolução manteve a competência para declaração da inconstitucionalidade de normas, mediante a iniciativa de um conjunto de órgãos, e, em 1982, por meio da primeira revisão ordinária da Constituição, passou a existir a previsão do processo de fiscalização abstrata de natureza jurisdicional, substituindo-se o Conselho da Revolução pelo Tribunal Constitucional, como órgão competente para exercer o referido controle⁵¹ e ser o guardião da Constituição.

O sistema português vigente de fiscalização da constitucionalidade combina modalidades de fiscalização preventiva⁵² e sucessiva e, dentro desta última, a verificação da

⁵⁰ Art. 122, depois 123, após a Revisão Constitucional de 1971.

⁵¹ As alíneas a) a f) do n.º 2 do art. 281.º da CRP enumeram os sujeitos que possuem legitimidade geral para suscitar ao Tribunal Constitucional a fiscalização de constitucionalidade de quaisquer normas, assim como a legalidade de quaisquer disposições legislativas que violem leis com valor reforçado: i) O Presidente da República; ii) O Presidente da Assembleia da República; iii) O Primeiro-Ministro; iv) O Provedor de Justiça; v) O Procurador Geral da República; e vi) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República. Por outro lado, a alínea g) do n.º 2 e o n.º 3 do art. 281.º da CRP, tratam da legitimidade especial, ou seja, tratam de a faculdade de sujeitos promoverem o controle de constitucionalidade, desde que observados certos pressupostos objetivos ou reunirem certos requisitos de fato e de direito. De acordo com o art. 82 da LTC, combinado com o n.º 3 do art. 281.º da CRP; compete a qualquer juiz do Tribunal Constitucional ou ao Ministério Público (Procurador Geral da República ou, por delegação, os procuradores-gerais adjuntos no Tribunal) a suscitar a fiscalização abstrata sucessiva de norma que haja sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

⁵² Artigo 278.º e 279.º da CRP – Trata-se de uma fiscalização de inconstitucionalidade de norma antes de as normas em causa serem promulgadas. O intuito desse tipo de fiscalização é evitar que as normas eventualmente inconstitucionais entrem em vigor sem que os órgãos competentes verifiquem ou esclareçam eventuais dúvidas

inconstitucionalidade pode ser por ação ou por omissão⁵³. Quanto à inconstitucionalidade por ação, a fiscalização pode ser abstrata⁵⁴ ou concreta⁵⁵.

O tema do presente trabalho está relacionado à fiscalização sucessiva e abstrata⁵⁶, ou seja, quando o Tribunal Constitucional é chamado para apreciar e declarar a inconstitucionalidade de medidas anticrise – normas já em vigor, razão pela qual se fala em fiscalização sucessiva – e, no caso da modalidade abstrata, a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional tem efeitos obrigatórios e gerais (*erga omnes*) e os efeitos por ela produzidos são também anulados (artigo 282.º, n.º 1). Todavia, como será detalhado posteriormente, apesar de o princípio da nulidade absoluta ser a regra, a própria Constituição, ao abrigo do artigo 282.º n.º 4, permite ao Tribunal Constitucional flexibilizar os efeitos da decisão⁵⁷, tal como aconteceu no Acórdão nº 353/2012, no qual a lei,

de constitucionalidade suscitadas ao logo da discussão e respectiva aprovação. Na fiscalização preventiva, a iniciativa é do Presidente da República e, apenas para certos diplomas (leis orgânicas), também dos Deputados e do Primeiro-Ministro, o Tribunal Constitucional pode ser chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de normas de diploma enviado ao Presidente da República para ser promulgado como lei ou decreto-lei (incluir igualmente a possibilidade de fiscalização de normas constantes de tratados e de acordo internacional). Não existe, contudo, fiscalização preventiva de legalidade por parte do Tribunal Constitucional. Caso o Tribunal Constitucional considere a norma inconstitucional, o diploma necessariamente será o veto pelo Presidente da República e devolvido ao órgão que o aprovou para que seja expurgado o trecho considerado inconstitucional. A Constituição admite que, após o veto presidencial de diploma, a norma seja confirmada por uma maioria de 2/3 dos deputados. Nessa hipótese, cabe ao Presidente da República a decisão final sobre se promulga ou não o diploma em causa. Por outro lado, se em vez de expurgar a norma considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, a Assembleia da República ou o Governo introduzir alterações, o diploma deve reiniciar o trâmite legislativo, como se novo diploma fosse.

⁵³ Art. 283.º – Na fiscalização sucessiva abstrata por omissão, feita a requerimento do Presidente da República ou do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional é chamado a verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão de medidas legislativas necessárias a tornar as normas constitucionais exequíveis. Nessas situações em que o Tribunal entenda pela falta de norma legislativa ordinária necessária para assegurar a exequibilidade de normas constitucionais, dá conhecimento do fato ao órgão legislativo para que ele supra a omissão.

⁵⁴ Artigos 281.º e 282.º.

⁵⁵ Jorge Reis Novais menciona os diferentes tipos de intervenção do Tribunal Constitucional: «Nessas várias modalidades e tipos de fiscalização, e em princípio dependendo da iniciativa de outras entidades, o Tribunal Constitucional tem diferentes tipos de intervenção: pode ser chamado a *pronunciar-se* (fiscalização preventiva), a *declarar* (fiscalização sucessiva abstracta) e a *julgar* (fiscalização sucessiva concreta) a inconstitucionalidade de normas ou, ainda, a verificar a inconstitucionalidade da omissão de normas.» NOVAIS, Jorge Reis – **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade – avaliação crítica**. Lisboa: Editora AAFDL, 2017, p. 17. ISBN 978-972-629-100-8.

⁵⁶ Embora o Tribunal Constitucional possa se manifestar, em última instância, por meio da fiscalização por ação concentrada (concreta e difusa), o foco do presente trabalho é a atuação do Tribunal na fiscalização sucessiva e abstrata das medidas anticrise.

⁵⁷ Modulação dos efeitos no Brasil – O art. 27 da Lei 9868/99, à semelhança do direito português (art. 282/4 da Constituição portuguesa), introduziu a possibilidade de o STF modular os efeitos da decisão e limitar seus efeitos com base no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo. Tal sistema já é adotado em outros países como Áustria, Itália e Espanha. Nos Estados Unidos, a Jurisprudência também consagra esse modelo mitigador da nulidade absoluta. De acordo com o art. 27 da Lei 9869/99, o Supremo Tribunal Federal pode proferir as seguintes decisões: «(a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); (b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito para o futuro) e, eventualmente, (c) declarar a inconstitucionalidade sem a

apesar de ter sido considerada inconstitucional, continuou a produzir seus efeitos em prol da segurança jurídica. Portanto, a regra da nulidade absoluta pode ser afastada quando se entender que mediante um juízo de ponderação, fundado no princípio da proporcionalidade, deva existir uma mitigação dos efeitos da decisão em prol da segurança jurídica ou de interesse social relevante.

Nesse sentido, ao citar Medeiros, Gilmar Mendes⁵⁸ assevera que o afastamento do princípio da nulidade só poderia ocorrer se a declaração de inconstitucionalidade violasse o princípio da segurança jurídica ou outro primado de cunho social. Outro fator limitante para a declaração de inconstitucionalidade é de caráter procedimental – quórum especial de dois terços dos votos para a declaração com efeitos limitados. Na sequência, ainda tratando do assunto, Gilmar Mendes explana sobre a significância do princípio da proporcionalidade, mormente, sem seu sentido estrito, enquanto «instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade».

Ou seja, fala-se em controle abstrato sucessivo porque este incide sobre leis já introduzidas no ordenamento jurídico, ainda que durante o seu período de *vacatio legis*, independentemente de ter produzido efeito jurídico concreto.

Enquanto no sistema de fiscalização de constitucionalidade germânico não existe uma vinculação exclusiva entre o controle abstrato por via principal e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória e geral, em Portugal e no Brasil a fiscalização abstrata sucessiva implica em decisão com efeito *erga omnes*, diversamente do julgamento em fiscalização concreta⁵⁹, no qual o efeito da decisão fica restrito às partes do caso concreto (*inter partes*)⁶⁰.

pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade)».

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.268. ISBN 978-85-02-06899-5.

⁵⁹ De acordo com art. 52, X da CF/1988 – Na hipótese de o STF declarar uma norma inconstitucional em casos concretos, a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade dependerá da decisão do Senado Federal no sentido de suspender a norma. Gilmar Mendes, ao comentar o dispositivo constitucional em questão, salienta alguns inconvenientes: «A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto de suspensão da execução da lei pelo senado mostra-se inadequado para assegurar a eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma, quedada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da

Trata-se, portanto, de uma função processual única, pois se destina a remover do ordenamento jurídico as normas eivadas de vícios de inconstitucionalidade e reparar os efeitos gerados pelo ato considerado inválido, dado que esse desiderato não é alcançado por meio da fiscalização preventiva e tampouco pela fiscalização concreta, conforme anteriormente exposto.

Em termos práticos, a fiscalização abstrata sucessiva pressupõe o exercício de uma função complementar em relação à fiscalização preventiva, tendo em vista que permite eliminar normas inconstitucionais que não foram bloqueadas por meio dos mecanismos desse processo de fiscalização preventiva e, por conseguinte, fluíram para a ordem jurídica a despeito de seus vícios. Por outro lado, assume, igualmente, uma função complementar da

relação processual subjetiva. [...] Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota a interpretação conforme a Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando lacuna contida no regramento ordinário. O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução lógica). Todos esses casos com base na interpretação conforme a Constituição, por natureza, não podem ter sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1082-1083. ISBN 978-85-02-06899-5. Também convém ressaltar o art. 176, §1º do Regimento Interno do STF, de não mais levar a Pleno arguições de inconstitucionalidade a respeito das quais o colegiado já tenha se pronunciado, além da possibilidade de decisões monocráticas para negar seguimento aos recursos extraordinários que diverjam da jurisprudência dominante da Corte (lei 8038/90 e art. 557, §1º - A do CPC). Em Acórdão proferido no RE 190728, a 1ª Turma do STF, publicado no DJ de 30 de maio de 1997, por maioria de votos, afirmou a dispensabilidade de se encaminhar o tema ao Plenário do Tribunal, desde que a Suprema Corte já tenha se manifestado a respeito da lei questionada. Nesse sentido, diz o voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, designado relator para o Acórdão, *verbis*: «esta nova e salutar rotina que, aos poucos vem tomando corpo – de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada o art. 101 do RI/STF, onde está prescrito que a «declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às turmas ou ao Plenário» – além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97 da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da Instituição judiciária brasileira. Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de nora que não deve ser aplicada com rigor literal mas, ao revés tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial». Na ocasião, o mesmo entendimento foi adotado pela 2ª Turma ao proferir decisão no AgRgAI 168149, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, D.J. 04/08/1995, p. 22520 e nos AgRgAI 167.444, relator Ministro Carlos Velloso, D.J. 15/09/1995, p. 29537. Também cabe citar o RE 191.898, Rel Min. Sepúlveda Pertence, publicado no D.J. 22/08/1997, p. 38781: «a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade da norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeito *erga omnes*, elide a presunção de constitucionalidade; a partir daí, podem os órgão acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário».

⁶⁰ Diversamente, na Alemanha, Espanha e Itália, a fiscalização concreta assume a natureza concentrada e implica, também, a declaração de inconstitucionalidade das normas inválidas, com força obrigatória geral nos termos da fiscalização abstrata sucessiva (supra, §235, Tomo I). Assim, no segundo tipo de sistema descrito, a força obrigatória geral que resulta do juízo de inconstitucionalidade não consiste em um atributo específico da fiscalização abstrata sucessiva, mas sim em um efeito típico da natureza exclusivamente concentrada do modelo de fiscalização adotado. MORAIS, Carlos Blanco – **Justiça Constitucional TOMO II – O Direito do Contencioso Constitucional**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 148. ISBN 978-972-32-1079-7

fiscalização concreta, conforme se depreende no nº 3 do art. 281.º da CRP, segundo o qual na hipótese de a mesma norma vir a ser considerada inconstitucional em três casos concretos se torna possível suscitar, mediante iniciativa dos juízes do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público, o seu controle abstrato para suprimir a norma do ordenamento. Essa possibilidade de fiscalização abstrata do ato considerado inconstitucional por três casos concretos impede a multiplicação de futuros processos com o mesmo objeto e, com isso, prestigia os princípios de economia processual e da segurança jurídica⁶¹.

Carlos Blanco de Moraes⁶² trata da natureza jurídica do processo de fiscalização sucessiva e esclarece que consiste «num tipo de controlo abstracto de validade de normas exercido por via directa ou principal, e que tem por finalidade essencial, a eliminação das normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, bem como de efeitos que as mesmas hajam produzido no passado». Diante deste conceito, entende o autor que o processo de fiscalização sucessiva tem como cerne, em regra, a eliminação da norma considerada inconstitucional e, por conseguinte, invalidação retroativa de seus efeitos, a partir do momento que deixa de ser considerada válida.

Em suma, o atual sistema de fiscalização jurisdicional português é um sistema misto e complexo, contemplando quatro formas de atuação: (a) a fiscalização preventiva da

⁶¹ Neste sentido, o sistema norte-americano logra, por meio do efeito do precedente, obstar à referida multiplicação (infra, § 1169-9.º). Os sistemas concentrados europeus solucionaram o problema imprimindo força obrigatória geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em fiscalização concreta. E o sistema brasileiro resolveu-se, à sua maneira, seja por meio da súmula vinculante, seja mediante a intervenção do Senado, o qual pode suspender a vigência da norma julgada inconstitucional com força obrigatória geral, solução, com tradição constitucional no país desde 1934, mas que é objeto de críticas pertinentes, que entendem que esse efeito deveria decorrer de decisão do STF e não de um órgão político. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1032. ISBN 978-85-02-06899-5. Os autores, com pertinência, consideram de difícil fundamentação a cominação da sanção de nulidade para as normas julgadas inconstitucionais pelo STF em controlo concreto incidenta, mesmo quando o Senado Federal empresta uma força *erga omnes* suspensiva à norma que foi objeto da decisão jurisdicional de inconstitucionalidade. O efeito suspensivo da decisão do Senado seria, mesmo, a negação da sanção da nulidade *ipso jure* que atingiria a norma. Para os referidos autores, a consagração na Constituição de 1988, da atribuição de força obrigatória geral às decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade, bem como no âmbito do próprio controlo concreto, aos efeitos interpretativos emergentes da súmula vinculante, demonstrariam que este órgão poderia dar eficácia ampliada às suas decisões, pelo que não faria sentido que o mesmo efeito fosse negado às decisões proferidas em controlo concreto (que sejam desacompanhadas de súmula). Se bem que a argumentação valha no sentido de o poder de revisão da Constituição dever ponderar a supressão do instituto suspensivo da execução da norma pelo Senado, já não é possível acompanhá-la quando ela sustenta que, presentemente, sem essa revisão, a força obrigatória geral já decorreria das decisões tomadas pelo STF em controlo concreto e que a intervenção do Senado teria um simples efeito de publicidade. Semelhante solução não resulta da Constituição, e se o STF a viesse a assumir pretorianamente, prolataria uma sentença aditiva de revisão constitucional, a qual seria desconforme com a Lei Fundamental à luz dos princípios da reserva da lei constitucional e da separação dos poderes. DE MORAES, Carlos Blanco – **Justiça Constitucional TOMO II – O Direito do Contencioso Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 150. ISBN 978-972-32-1079-7.

⁶² *Idem* – **Justiça Constituição – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. Tomo I**. Lisboa: Editora Coimbra, 2006, p. 78. ISBN 978-972-32-1079-7.

inconstitucionalidade por ação (artigos 277.º e 278.º da Constituição Portuguesa; e artigos 62.º a 66.º e 105.º da Lei do Tribunal Constitucional⁶³); (b) a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão⁶⁵ (artigo 283.º da Constituição Portuguesa e nos artigos 67.º e 68.º da Lei do Tribunal Constitucional); (c) a fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade por ação (artigo 277.º e 280.º da Constituição Portuguesa, preceitos que devem ser conjugados com o artigo 204.º e com os n.ºs 1 e 2 do artigo 223.º; e artigos 69.º a 85.º da Lei do Tribunal Constitucional); e, por fim, (d) a fiscalização sucessiva abstrata da inconstitucionalidade por ação⁶⁶ (artigos 277.º, 281.º e 282.º, da Constituição Portuguesa; e artigos 62.º a 66.º da Lei do Tribunal Constitucional), sendo esta última cerne do nosso presente trabalho.

2.3. Estudo Comparado no Direito Brasileiro

O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário foi introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da Constituição Imperial de 1824, em especial com a publicação do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, segundo o qual a magistratura federal estava incumbida da guarda e aplicação da Constituição – controle realizado sob a forma de incidente em processo ordinário ou especial, e posteriormente foi criada a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, também sobre a organização da Justiça Federal, passando a prever expressamente o controle difuso da

⁶³ Os artigos 51.º a 56.º da Lei do Tribunal Constitucional são disposições comuns à fiscalização abstrata, preventiva e sucessiva.

⁶⁴ Segundo J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, a fiscalização preventiva de inconstitucionalidade «é uma fiscalização anterior à própria introdução das normas na ordem jurídica, ou seja, tem por objeto normas imperfeitas. É por natureza um controle abstrato e, no caso de juízo de inconstitucionalidade, o processo legislativo não pode ser levado a cabo e as normas do diploma em causa não podem entrar na ordem jurídica.» *In: Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*. Artigos 108.º a 296.º, 4ª. ed. Coimbra: Editora Coimbra, out. 2014, p. 885. ISBN 978-972-32-1079-7.

⁶⁵ Conforme Carlos Blanco de Moraes esclarece, «podendo as omissões geradoras de inconstitucionalidade ter lugar a propósito abstenção ilegítima da prática de uma pluralidade de actos jurídicos, o art. 283.º da CRP determina, todavia, que apenas as omissões de tipo legislativo podem ser objecto de fiscalização através de sistema de controlo de constitucionalidade constante da lei Fundamental de 1976». Apesar de o efeito da decisão se traduzir em mera comunicação, desprovido de sanção, perante a verificação de omissão, o comportamento omissivo do legislador assume natureza ilícita para efeitos de responsabilidade civil do Estado nos termos do artigo 15.º, n.ºs 3 e 5 da Lei n.º 67/2002, de 31 de dezembro. MORAIS, Carlos Blanco – **Justiça Constitucional TOMO II**. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, jun. 2011, p. 498. ISBN 978-972-32-1079-7.

⁶⁶ A fiscalização sucessiva abstrata, regulada nos artigos 281.º e 282.º da Constituição, «consiste num tipo de controlo abstracto de validade de normas exercido por via directa e principal, que tem por finalidade essencial a eliminação das normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, bem como os efeitos que as mesmas hajam produzido». (*Ibidem*, p. 146).

constitucionalidade, permitindo aos juízes e tribunais deixar de aplicar aos casos concretos as leis que considerassem manifestamente contrárias à Constituição.

A primeira Constituição Republicana – a de 1891 – atribuía à Justiça Federal a competência para julgar as causas fundadas em dispositivos da Constituição Federal e ao Supremo Tribunal Federal cabia apreciar recursos em que se discutisse a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição.

Em 1926, os artigos 59 e 60 da Constituição foram alterados e passaram a prever duas formas originárias de controle de constitucionalidade. A primeira seria no tocante à competência dos juízes e tribunais federais e a segunda seria no concernente à competência do Supremo Tribunal Federal. Quanto à esfera federal, cabia aos juízes e tribunais federais exercer o controle quando estivessem diante de causas em que a ação judicial (*lato senso*) fosse fundada em dispositivo constitucional ou na ocasião de a causa fosse contra a União ou Fazenda Nacional e o argumento estivesse embasado na Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou mesmo nos contratos celebrados com o Governo. Na segunda hipótese, competia ao Supremo Tribunal Federal analisar os recursos interpostos em desfavor das sentenças das justiças estaduais quando as leis federais fossem questionadas perante a Constituição e o Estado tivesse negado sua aplicação ou quando se contestasse a validade de leis ou atos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a justiça estadual considerasse válida o objeto impugnado.

A Constituição de 1934 representou um marco no nosso sistema de controle de constitucionalidade ao dispor sobre: (a) a representação de inconstitucionalidade para fins de intervenção, cuja legitimidade ativa foi atribuída ao Procurador-Geral da República e hoje denominada ação direta de inconstitucionalidade interventiva; (b) o mandado de segurança; (c) a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais; e (d) a competência do Senado Federal para suspender a eficácia de lei, declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, tendo efeito *erga omnes* e sendo, portanto, inovadora.

A Constituição Federal de 1967 manteve o sistema misto, com a possibilidade de controle concreto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, contra a lei em abstrato, com efeito *erga omnes* e o regime difuso, realizado pelos juízes e Tribunais, de forma incidental nos casos concretos que lhe fossem apresentados, com eficácia limitada às partes dos respectivos processos. Em 1969, a Emenda Constitucional n.º 1 admitiu a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados Membros para realizar o controle de

constitucionalidade de lei municipal em face das disposições da Constituição Estadual do respectivo Estado Membro.

Em 1988, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal «precipuamente, a guarda da Constituição» (art. 102, *caput*, da CF/1988) e manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário nas seguintes formas: (a) ação direta de inconstitucionalidade por ação (artigo 103, da Constituição Brasileira e artigo 2º da Lei 9.868, de 10/11/1999); (b) controle de constitucionalidade das omissões legislativas (artigos 103.º, §2º da Constituição Brasileira); (c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da Constituição Brasileira e artigo 13 da Lei 9.868, de 10/11/1999⁶⁷); (d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (§1º do artigo 102 da Constituição Brasileira e Lei 9.882, de 03/12/1999⁶⁸); e (f) controle difuso de constitucionalidade nos termos do artigo 97 da Constituição Brasileira, que corresponde à fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade por ação do Direito Português. Neste caso, cabe ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário, a decisão final sobre a constitucionalidade da lei, devendo a Suprema Corte comunicar o Senado Federal da decisão de inconstitucionalidade para que ele suspenda sua eficácia.

Como se vê, o direito constitucional brasileiro adota o controle de constitucionalidade repressivo judiciário, seja pelo do método concentrado – via de ação –, seja por meio do método difuso – via de exceção ou defesa. Quanto ao controle preventivo de constitucionalidade, diferentemente do Direito Português, não existe previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que essa espécie de controle pelo Judiciário só é cabível em uma única hipótese: garantir o devido processo legislativo. Nessa perspectiva, esclarece Pedro Lenza⁶⁹ que excepcionalmente se admite o controle de constitucionalidade judicial preventivo em face de projetos de lei ainda em trâmite no Congresso se tal controle fosse exercido de modo incidental diante do caso concreto, ou seja, pela via de exceção ou de defesa e com a finalidade de garantir o devido processo legislativo, e, portanto, a conformidade do processo em relação à Constituição. Nesse sentido, pode um parlamentar impetrar Mandado de Segurança contra Projeto de Lei caso o trâmite legislativo previsto na Constituição e no Regimento Interno do Congresso

⁶⁷ A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

⁶⁸ A Lei n.º 9.992, de 03 de dezembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal.

⁶⁹ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 238. ISBN 978-85-02-10568-3.

Nacional não esteja sendo respeitado. O jurista pontua que, nessa hipótese excepcional de controle de constitucionalidade preventivo, não cabe ao Poder Judiciário «a extensão do controle sobre os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e, aos atos *interna corporis*, vedando-se, desta feita, interpretações das normas regimentais.»⁷⁰.

Também é importante ressaltar que a Emenda Constitucional nº 45 inseriu o instituto da repercussão geral, que permite ao Supremo Tribunal Federal rejeitar casos sem relevância social, econômica, política ou jurídica em recurso extraordinário nos termos do art. 322 do Regimento Interno do STF, dando ênfase ao modelo concentrado de fiscalização.

Nessa esteira, a Constituição Federal fortalece as decisões da Suprema Corte ao prever o instituto da Súmula Vinculante em seu art. 103-A, segundo o qual depois de reiteradas decisões a respeito da constitucionalidade de determinada matéria, poderá o STF de ofício ou por decisão de 2/3 dos seus membros, aprovar súmulas que vinculem os demais órgãos do Judiciário e a administração pública direta e indireta nas três esferas de governo.

A respeito do efeito vinculante como mecanismo de afirmação da jurisdição constitucional, Roger Stiefelmann Leal enaltece a primazia de jurisdição constitucional em relação aos demais poderes do Estado, alegando ser «realidade inquestionável», razão pela

⁷⁰ EMENTA: Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do regimento interno e do art. 60, §5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário. Mérito: representação, na mesma sessão legislativa, de proposta de Emenda Constitucional do Poder executivo, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (PEC 33-A, de 1995). I – Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par, único do art. 43 ao §3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n.º 1 do inc. I do art. 17, todos do regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, do impedimento do relator – matéria de fato – e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matéria prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão *interna corporis* do Poder legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao §5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há insita uma questão de constitucionalidade, esta sim, sujeita a controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. II – Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao §5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, §5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga a votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido. Votação por maioria. MS 22.503-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, rel. para Acórdão Min. Maurício Corrêa, D.J. de 06q06/1997, p. 24872.

qual alerta para o risco de se fazer ruir um sistema político estabelecido quando se oportuniza eventual insubordinação dos demais poderes em relação ao Poder Judiciário, quando imbuído de seu poder se interpretação constitucional. Por outro lado, chama a atenção para a necessidade de se impor limites à tendência expansionista da jurisdição constitucional, com vistas a se impedir qualquer violação à supremacia da constituição.

A partir da Constituição Federal de 1988, foram introduzidos novos institutos no ordenamento jurídico brasileiro – repercussão geral, súmulas vinculantes, ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – e hoje há predominância de elementos do controle abstrato e concentrado. Cabe destacar, no entanto, que consoante postulado do Direito Americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, existindo a possibilidade de duas interpretações de uma lei, há que se prestigiar aquela que se revele compatível com a Constituição. Afinal, em respeito ao princípio da separação de poderes, os Tribunais devem partir do princípio de que o legislador cria normas constitucionais e as interpreta conforme a Constituição.

A interpretação, conforme a Constituição, utilizada no âmbito do controle abstrato de normas pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Conforme deixou assente o STF⁷¹, a interpretação segundo a Constituição não é um simples princípio de interpretação, mas sim uma modalidade de decisão de controle de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Assim, o Tribunal não altera o texto inconstitucional desde que adotada determinada interpretação. O próprio STF, porém, conhece limites na interpretação conforme a constituição. Eles advêm do texto literal da lei e da intenção do legislador.

Assim, é cada vez mais frequente o recurso a técnicas inovadoras de controle de constitucionalidade, sobretudo com o advento da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, cujo art. 27 possibilita a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade⁷².

⁷¹ Rp 1417, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 126/48.

⁷² O primeiro caso em que STF teve oportunidade de discutir a aplicação do art. 27 da Lei 9868/1999 foi a ADI na qual se questionava a constitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica n.º 222, de 31/03/1990, do Município de Mira-Estrela, São Paulo, por ela ter fixado seu número de vereadores em desacordo com o art. 29, IV, da CRFB/1988. Segundo o mencionado dispositivo constitucional, o número de vereadores deve ser fixado proporcionalmente à população local, observando-se, nos municípios de até 1 milhão de habitantes, a relação de um mínimo de 9 e um máximo de 21. Ao decidir a ADI, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei orgânica para fixar que, na espécie, o número de vereadores não poderia ser superior a 9. Porém, em razão da repercussão que a decisão teria no caso em concreto (ex: leis criadas pelos vereadores

2.4. Interpretação Constitucional e a Mutação Constitucional

A propósito da Justiça Constitucional enquanto controle de constitucionalidade das normas, existe o desafio de definir o exato papel do juiz constitucional e os limites de suas decisões interpretativas, haja vista o conflito latente entre ele e o legislador ordinário. Isso porque o pensamento positivista, segundo o qual a interpretação da constituição pelos magistrados seria uma atividade puramente técnica e neutra, na qual compete aos juízes adotar uma postura passiva, está ultrapassada e as características típicas das constituições favorecem uma atitude proativa dos juízes constitucionais. Afinal, as normas constitucionais são tendencialmente mais abertas, dando espaço para os intérpretes constitucionais, e têm caráter fragmentário, na medida em que reclamam um desenvolvimento ulterior de suas normas (muitas normas não são autoaplicáveis).

Hoje em dia, entende-se que a normatividade não se confunde com o texto da norma. Nesse sentido, esclarece Canotilho⁷³ que a normatividade seria, pura e simplesmente, o que decorre da interpretação da norma jurídica, ou seja, «da combinação desta com elementos não normativos (como desde logo as circunstâncias concretas do caso em análise) ou não puramente normativo-textuais chega-se à norma de decisão».

É importante ressaltar, no entanto, que a normatividade que atualmente acompanha a interpretação jurídica não pode transcender⁷⁴ o texto da norma a ponto de desatender ou ignorar o legislador ordinário, criador da norma, sob pena de se violar o Princípio da Separação dos Poderes.

que não poderiam estar em exercício), houve a modulação dos efeitos da decisão ex nunc. Outro exemplo emblemático foi a ADI 1842-RJ, na qual apreciou-se a constitucionalidade das leis do Estado do Rio de Janeiro que criaram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiram a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Na ocasião, para evitar a interrupção da prestação da função de saneamento básico da região, o Tribunal modulou os efeitos da decisão no sentido de estabelecer o prazo de 24 meses, a contar da data da decisão, para que o legislador reapreciasse o tema e revisse determinados aspectos da lei.

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, cit., pp. 1201-2. ISBN 978-972-40-2106-5.

⁷⁴ A teoria da função do legislador negativo que caracteriza a jurisdição constitucional nos países europeus há tempos não corresponde à realidade, pois a criação de normas pelos juízes é cada vez mais habitual – configuram como legislador positivo; e isto porque a sentença não se limita a suprimir o preceito legal inconstitucional, mas transporta uma norma nova para o ordenamento jurídico – sentenças interpretativas, sentenças manipulativas (aditivas ou substitutivas), sentenças apelativas. Exceto os casos de sentenças manipulativas, as outras técnicas hermenêuticas, em especial as sentenças interpretativas (princípio da interpretação conforme), são bem aceitas pelos constitucionalistas.

A modificação da Constituição pode ocorrer pela via formal – por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Constituição – ou pela via informal, mecanismo denominado de mutação constitucional, através do qual existe uma alteração do sentido ou do alcance de normas constitucionais, sem a observância do procedimento formal constitucionalmente previsto para emendas e, portanto, sem ter ocorrido modificação de seu texto. Para ser legítima, a mutação deve decorrer de uma mudança na realidade fática e corresponder a uma demanda social efetiva por parte da sociedade, com lastro na soberania popular e na democracia – interpretação evolutiva.

Na Europa, a doutrina tradicional só admitia modificações na Constituição por meio do procedimento de reforma da constituição. Coube à doutrina alemã e à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal desenvolver a possibilidade de transformações por meio da mutação constitucional⁷⁵, sem qualquer alteração no texto formal.

No direito norte-americano, o caráter sintético da Constituição e o sistema da *common law*, a um só tempo, potencializaram e diluíram o fenômeno da mutação constitucional. Diante desse cenário, existem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. A título de exemplo, cabe citar a mudança de jurisprudência constitucional a partir do *New Deal*, diametralmente oposta ao entendimento adotado durante a era *Locner*, passando a considerar válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então, a Suprema Corte considerava que tais leis afrontavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição. Outro caso de mutação constitucional nos Estados Unidos foi a decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education* que determinou a integração racial nas escolas públicas, alterando a jurisprudência anterior firmada em 1896 (*Plessy v. Ferguson*) que legitimava o tratamento «iguais mas separados» entre brancos e negros. Ambos os exemplos demonstram a mudança material da constituição, sem que houvesse modificação do seu texto normativo.

⁷⁵ Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, 2000, t. II, p. 131) utiliza a expressão vicissitudes constitucionais, que podem ser expressas (e.g., revisão constitucional) ou tácitas. Nesta última categoria, aloca o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indireta (que identifica como sendo o reflexo sofrido por uma norma em razão da alteração formal de outra, por via de revisão direta). Canotilho (2003) emprega a locução transição constitucional, referindo-se à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Salienta ele: «muda o sentido sem mudar o texto». CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Editora Almedina, 2003, p. 1228. ISBN 978-972-40-2106-5.

De acordo com os ensinamentos de Luis Roberto Barroso⁷⁶, toda vez que se interpreta uma norma ocorre a mutação constitucional, a qual alcança não apenas o sentido da norma, como também a interpretação anteriormente dada a ela, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa. O jurista traz dois exemplos emblemáticos, um relacionado ao foro de prerrogativa de função (critério de fixação de competência jurisdicional) e outro referente à investidura de parentes de magistrado no Poder Judiciário. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal alterou drasticamente seu posicionamento acerca do assunto: por muitos anos entendeu que a competência especial garantida ao agente público não estava adstrita ao exercício do cargo ou função pública (entendimento consubstanciado na Súmula n.º 394⁷⁷ – já cancelada), sendo certo que em 1999, a Corte fixou o posicionamento de que o foro privilegiado somente se justifica do decorrer do exercício do cargo ou função⁷⁸. O segundo exemplo refere-se à legitimação da prática do nepotismo, até 2006, no Poder Judiciário. Nesse ano, o Supremo Tribunal Federal⁷⁹ declarou a inconstitucionalidade da Resolução n. 7, de 14 de novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que contemplava a aceitação de que parentes de magistrados pudessem exercer cargos em comissão e funções gratificadas na estrutura dos órgãos judiciais. Constatou-se, portanto, significativa mutação constitucional, tendo em vista que o Supremo não apenas alterou sua interpretação quanto aos assuntos em tela como, mormente, mudou seu posicionamento em cento e oitenta graus.

Recentemente, no julgamento das ADINS 3406 e 3470, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam ser necessário equalizar decisões em sede de controle abstrato e em sede de controle incidental. Para isso, o colegiado acolheu a tese de uma abstração do controle difuso⁸⁰ defendida por Ministro Gilmar Mendes a favor de uma nova interpretação ao art. 52, X, da CRFB/1988 no sentido de que a Corte comunica ao senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade para que ele intensifique a sua publicidade. Segundo o ministro Celso de Mello, trata-se de verdadeira mutação constitucional que expande os

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto – **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.153-155. ISBN 978-85-02-13360-0.

⁷⁷ Súmula 394 do STF: cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cassação daquele exercício.

⁷⁸ Durante longo período, prevaleceu a interpretação no sentido de que a competência do STF estava associada ao ato praticado pelo agente público, era indiferente o fato de ele ter deixado o cargo ou função após a sua prática. A partir do julgamento do inquérito 687, a Corte passou a entender que a competência está vinculada à circunstância do agente público encontrar-se no exercício do cargo ou função. A CRFB/1988 nada diz a respeito e apenas enumera as competências da Suprema Corte.

⁷⁹ STF, ADC-MC 12, Rel. Carlos Ayres Britto – DJU, 1º nov. 2006.

⁸⁰ HC 82959 e RE 197917 são exemplos de decisões de inconstitucionalidade do STF cujos efeitos obedeceram às limitações impostas pelas decisões, mas que, em princípio, deveriam ter sido estipuladas pelo Senado através de resolução.

poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Os artigos 525, §1º, III, e §5º e 535, III, e §5º, ambos do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, fortaleceram a tese de mutação constitucional do art. 52, X, ao admitir, para o fim de impugnação com base e inexigibilidade da obrigação, decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso.

Esse novo posicionamento da Corte Suprema gerou fortes críticas por parte de alguns juristas em razão da mutação constitucional pretendida ferir o texto literal do art. 52, X, da Constituição. Afinal, o texto constitucional diz ser competência de o Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que passou a interpretá-lo como se coubesse apenas ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pela Suprema Corte. Deste modo, sob o pretexto da mutação constitucional, o STF criou novo enunciado normativo e fere o princípio da separação dos poderes ao limitar, sobremaneira, uma competência constitucionalmente atribuída ao Senado.

Conforme ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio – único voto divergente no julgamento: «o referido dispositivo constitucional conservaria a independência e harmonia entre os poderes, possuindo viés constitutivo e não meramente declaratório». No mesmo sentido, o Ministro Eros Grau⁸¹ se manifestou no seu voto-vista na Reclamação 4335/AC, ressaltando que o intérprete autêntico se vincula à língua do texto normativo, de modo que passa a produzir e atualizar as normas e o direito, mas justamente por estar restrito à linguagem normativa, caso venha a alterá-la ou substituí-la por outra, perderá sua legitimidade.

Como intuitivo, a mutação constitucional não pode desvirtuar o espírito da Constituição, devendo respeitar: (i) as possibilidades semânticas do relato do texto que está sendo interpretado; e (ii) os princípios fundamentais que identificam aquela constituição. Se o novo sentido não atender a alguma dessas premissas, restará apenas uma alternativa, qual seja, a de alterar formalmente o texto constitucional. Afinal, a mutação constitucional deve ser utilizada dentro dos limites do texto constitucional, sob pena de o STF violar o poder constituinte e, assim, violar o Princípio da Separação de Poderes, gerar insegurança jurídica, além de agir em desconformidade com sua função precípua de guardião da Carta Magna.

2.5. Princípio da Separação de Poderes e o Ativismo Judicial

⁸¹ GRAU, E. R. – **Ensaio e Discurso sobre interpretação/aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 8. ISBN 8574207691.

Conforme preleciona Alexandre de Moraes, a proposta de «separação de poderes» foi apresentada, em uma primeira versão, por Aristóteles, em sua obra «Política», e foi posteriormente tratada por John Locke no «Segundo Tratado de Governo Civil». Por fim, Montesquieu, na obra «O Espírito das Leis», trouxe a definição clássica de divisão e distribuição das três funções estatais – legislação, administração e jurisdição. A teoria de Montesquieu consolidou o primado da separação de poderes, que se consagrou como fundamento da organização política liberal, insculpida no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no art. 2º de nossa Constituição Federal⁸².

A clássica doutrina tripartite foi concebida por considerar que, não obstante a necessidade de haver a separação das funções do Estado, esta deve ser distribuída a três órgãos independentes devidamente legitimados para exercer suas atribuições com autonomia e igualdade. Nesse sentido, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem atribuições constitucionalmente instituídas, a quem cabe exercê-las com exclusividade de forma que um poder seja limitado por outro poder à busca da harmonia necessária à realização do bem da coletividade e essencial para evitar o arbítrio de um em detrimento do outro e especialmente dos governados – conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Como se vê, o princípio da separação de poderes tem indiscutível importância para limitar poderes, resguardar o equilíbrio entre eles e, assim, garantir liberdades individuais e o próprio sistema democrático.

Ocorre que a despeito desse sistema de freios e contrapesos, existe uma histórica tensão entre a limitação dos Poderes. Nesse contexto, surgiu a expressão ativismo judicial, fenômeno relacionado à linha tênue que existe entre a liberdade dos juízes de criar jurisprudência e a usurpação a competência da função de criar leis. Isso porque se de um lado cabe ao Judiciário interpretar a Constituição e criar jurisprudência, de outro há que se respeitar a competência do Poder Legislativo cuja função precípua é criar leis.

Os primeiros sinais de ativismo judicial foram identificados em meados do século XIX, no *fallmark case Dred Scott v. Sanford*, em 1857⁸³, mas a discussão em torno do imenso

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 133. ISBN 9788522446155.

⁸³ Essa *fallmark case* dizia respeito a um escravo, Dred Scott, que pretendia comprar sua liberdade e a Suprema Corte declarou inconstitucional o *Missouri Compromise Act*, de 1820, o qual proibia a escravidão no antigo território de Louisiana inconstitucional. De acordo com a Suprema Corte norte-americana, o referido ato violava a Vª emenda (que contém a cláusula do *Due Process of Law*), tendo em vista que os escravos, tal como os demais bens móveis ou propriedade provada em geral, não poderiam ser retirados de seus donos sem que a estes fossem

poder político dos juízes assumiu proporções relevantes no período do *New Deal* (1935-37), que opôs a Suprema Corte à Administração Roosevelt.

Destarte, apesar de não haver um conceito unívoco do fenômeno do ativismo judicial, Keenan D Kmiec traz, através da análise histórica do tema, significados centrais hábeis a determinar suas definições: 1) invalidação das ações constitucionalmente constituídas por outros ramos; 2) falha em aderir ao precedente; 3) legislação judicial; 4) desvios de metodologia interpretativa adotada; e 5) julgamento orientado para resultados.

Sobre a invalidação das ações constitucionalmente constituídas por outros ramos, Kmiec explica:

A invalidação das ações constitucionalmente constituídas por outros ramos está ligada à dúplici ideia, tanto de o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, invalidar as normas jurídicas discutivelmente constitucionais dada a possível ambiguidade da norma constitucional interpretada à luz do acesso aos *civis rights* (*ex vi*, controle de armas, ações afirmativas, financiamentos de campanhas eleitorais, restrição a propaganda e publicidade)⁸⁴, como interferência, pelo Poder Judiciário, quanto às escolhas políticas por agentes públicos ou instituições governamentais que a Constituição não proíba claramente.

Quanto a falha em aderir ao precedente, Kmiec defende que a análise deve ser feita em duas relações: a primeira, entre precedentes vertical⁸⁵ e horizontal⁸⁶; e a segunda, entre os precedentes e a norma constitucional.

A questão da legislação judicial se assenta na concepção de os juízes que deixam de interpretar a lei para criá-la como se fossem legisladores⁸⁷. de que os cânones de interpretação são inúteis para o exercício da interpretação que leve ao precedente, ainda mais quando se fala em legislação infraconstitucional pela difícil tarefa de se encontrar pontos de convergência que levem a estabilidade.⁸⁸

O ativismo centrado nos desvios da metodologia interpretativa se baseia no reconhecimento que os cânones de interpretação são inúteis e inconclusivos, de sorte que não se pode adotar padrões preconcebidos para o exercício da interpretação que leve ao

garantido o devido processo legal. Além disso, entendeu não ter jurisdição sobre o caso, por ser o demandante escravo e, por conseguinte, não ter a condição de cidadão.

⁸⁴ Cass R. SUSTEIN apud KMIIEC, 2004, p.1464.

⁸⁵ Hierarquia entre as instancias ou graus de jurisdição, bem como a jurisprudência estabelecida pelos tribunais superiores que deve ser observada pelos tribunais inferiores (KMIIEC, 2004, p. 1466)

⁸⁶ Diz respeito a jurisprudência interna do tribunal, a qual deve ser aplicada como parâmetro futuro para tratamento idêntico de casos assemelhados (KMIIEC, 2004, p. 1467)

⁸⁷ KMIIEC, 2004, p. 1471

⁸⁸ KMIIEC, 2004, p. 1475

precedente, ainda, mais quando se fala em legislação infraconstitucional pela difícil tarefa de se encontrar pontos de convergência que levem a estabilidade⁸⁹.

O julgamento orientado por resultados ocorre quando o juiz tem um motivo oculto para tomar a decisão, ou a decisão se afasta da linha média de correção das decisões⁹⁰.

Para esclarecer as formas de ativismo judicial, Maria Benedita Urbano⁹¹ enumera algumas situações: quando os juízes constitucionais criam, por meio de suas decisões, uma nova orientação política, por não concordarem com a motivação – política – da norma; criação, por parte dos magistrados, do direito *ex nihilo* e *ex novo*, diante da inércia do Poder Legislativo; e quando os juízes “ultrapassam” o limite do controle de constitucionalidade, derogando a norma ao invés de adequá-la. A título ilustrativo, Maria Benedita Urbano destaca um caso brasileiro, mais especificamente, a Reclamação 4335-5 do Supremo Tribunal Federal. Neste julgado, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhado do Ministro Eros Grau, imprimiu uma nova interpretação ao artigo 52, X, da Constituição Federal brasileira, de modo a derrogar sua aplicabilidade. O dispositivo em comento estabelece, expressamente, que é competência privativa do Senado Federal suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, os Ministros defenderam que ao Senado compete apenas dar publicidade à decisão de abstratizar os efeitos do controle difuso, ao invés de suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Em 2011, Ran Hirschl deu uma leitura mais atual ao fenômeno do ativismo judicial ao perceber que a atuação do Judiciário cada vez mais se deslocava para o âmbito da jurisdição de questões políticas que a falta de efetividade das instituições democráticas não pode – ou não querem resolver. Com isso, surgiu o fenômeno da judicialização da política⁹².

Hirschl ao defender a existência do fenômeno da judicialização da política destaca três processos:

a) proliferação de um tipo de juridificação da vida moderna mediante a adoção de discurso de cunho normativo, legal, procedimental e eminentemente jurídico pela esfera política, b) expansão do poder dos tribunais e dos juízes em intervenção direta das políticas públicas, principalmente através de revisão de atos administrativos, redefinição judicial de fronteiras burocráticas entre órgãos estatais e fixação de jurisprudência sobre direito mais comumente no âmbito constitucional, e c) confiança nos tribunais

⁸⁹ KMIEC, 2004, P. 1474

⁹⁰ KMIEC, 2004, p.1476

⁹¹ URBANO, Maria Benedita – **Curso de Justiça Constitucional. Evolução histórica e Modelo de Controle da Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 140-142. ISBN 978-972-40-6194-8.

⁹² HIRSCHL, Ran. 2011, p.2

nos juízes para lidar com o que se poderia chamar de *mega-política* (controvérsias políticas centrais que definem – e frequentemente dividem – políticas inteiras)

Nesse contexto, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre Poderes Legislativo e Executivo. Os exemplos são numerosos. No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se declarar sobre a constitucionalidade dos testes com mísseis a serem realizados pelos Estados Unidos em solo canadense. Em Israel, a Suprema Corte se manifestou sobre a construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem exercido um papel essencial na manutenção de um Estado laico, evitando o avanço do fundamentalismo islâmico. Na Argentina e na Hungria, as altas Cortes decidiram sobre a validade dos planos econômicos. Todas estas situações demonstram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, sendo que no Brasil, o fenômeno da Judicialização na Política se apresenta com maior intensidade a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque a Carta Magna brasileira, assim como a Constituição Portuguesa de 1976, passou a contemplar diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Com isso, transforma Política em Direito e a matéria que passou a ser previsão constitucional se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

Outro fato importante para a judicialização de questões políticas e sociais no Brasil é o sistema de controle de constitucionalidade. Isso porque conforme exposto anteriormente, o modelo brasileiro é um dos mais abrangentes do mundo por combinar aspectos de controle incidental e difuso – típicos do sistema americano – e o controle por ação direta, previsto no modelo europeu. A tudo isso se soma o amplo rol de legitimados para ajuizar ações diretas, previsto no art. 103 da Constituição Federal Brasileira. Nesse cenário, todas as discussões de largo alcance político e moral podem ser tratadas sob a forma de ações judiciais.⁹³ A título ilustrativo, vejamos alguns temas que foram objeto de pronunciamento do STF e de outros Tribunais brasileiros: (i) políticas públicas: a constitucionalidade da Reforma Previdenciária

⁹³ A Constituição Federal Brasileira assegura o direito de acesso ao ensino fundamental (art. 208, CRFB/1988) ou ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB/1988), o que possibilita judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

(contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre poderes: definição dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) e do papel do Ministério Público nas investigações criminais; (iii) direitos fundamentais: pesquisas científicas com células-tronco e legitimidade da interrupção da gestação nas hipóteses de inviabilidade fetal.

Esse conjunto de fatores fez com que a judicialização e o ativismo⁹⁴ se tornassem fenômenos marcantes no cenário jurídico brasileiro dos últimos anos.

Embora os dois institutos sejam aparentemente semelhantes, a meu ver a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente, que permitem a judicialização de diversos temas de natureza política ou moralmente relevantes para o País. Representa, de certa forma, uma atuação passiva do Poder Judiciário, o qual responde a determinada demanda submetida à sua apreciação, sendo certo que desta atuação pode resultar uma mutação constitucional – mecanismo de modificação informal da Constituição capaz de alterar o alcance ou o sentido do texto constitucional, conforme já relatado no item 2.4 do presente trabalho. Por sua vez, o ativismo judicial decorre de uma postura proativa do intérprete ao interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance de suas normas, de forma a contornar a inércia e ineficiência do processo político majoritário. Em termos práticos, também implica mutação constitucional.

Assim, embora não exista uma dificuldade de conceituar esses fenômenos, a meu ver o que os diferencia são as formas de atuação do Poder Judiciário e o propósito em si. Na judicialização não há uma atuação política ou ideológica do Tribunal, sendo exercida por meio de sua função judicante; trata-se mais de um fenômeno decorrente da inércia ou ineficácia dos demais poderes, diante das quais os cidadãos ou as instituições provocam a esfera judicial para que haja um posicionamento e uma solução sobre determinados assuntos, de relevância social, política ou econômica. Quanto ao ativismo judicial, constata-se uma intenção do Poder Judiciário de intervir nesses assuntos, de modo proativo, ampliando sua participação no processo de concretização da Constituição, mormente, no que tange aos direitos fundamentais. Enquanto a judicialização representa um meio de realização da função

⁹⁴ A expressão «ativismo judicial» é atribuída a *Arthur Schlesinger Jr.* que a teria usado pela primeira vez em 1947, em um artigo publicado na revista *Fortune*. Nesse artigo, ele analisava a postura dos juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando a de uns como ativista e a de outros como autocontida. Mas esse fenômeno já tinha dado sinais em 1921, ocasião em que *Édouard Lambert*, na sua obra «*Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États - Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*», alertava para os perigos de uma atuação judicial além dos limites da sua respectiva função.

judicial, o ativismo pode incorrer no risco de politização dos tribunais e de intervenção destes no exercício das atividades dos outros poderes.

Embora o debate sobre ativismo judicial transcenda a mera questão do controle de constitucionalidade das leis, a excessiva criatividade apontada aos juízes constitucionais vem sendo objeto de crítica, tendo a autoassunção de autênticas funções legislativas por parte de alguns magistrados acirrado a reprovação de parte da sociedade.

A ampliação de mecanismos de controle preventivo e repressivo de constitucionalidade coloca em xeque a teoria da separação de poderes em corrente tripartite, utilizado na maioria das organizações de governo das democracias ocidentais, razão pela qual a interferência do Judiciário sobre os demais Poderes, especialmente no fenômeno do ativismo judicial, deve ser feita sem exageros em respeito ao Princípio da Separação de Poderes.

Em suma, o princípio da Separação dos Poderes defende a separação das funções do Estado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, para que cada um as exerça com exclusividade, devendo frear o outro para evitar arbitrariedades e assegurar o equilíbrio entre eles. Nesse contexto, a principal atribuição do Poder Judiciário é interpretar e efetivar a Constituição. Ao exercer a jurisdição constitucional, o Judiciário busca a concretização das normas constitucionais e exerce o controle de constitucionalidade de normas dos demais Poderes para impedir que eles extrapolem os limites impostos pela Constituição. Não se questiona que se trata de uma função natural, saudável e desejável do Poder Judiciário, todavia, também não se pode desconsiderar que a consolidação e a garantia da supremacia da Constituição conferem à esfera judicial um poder quase que soberano quando do enfrentamento de determinados conflitos, o que exige a reflexão sobre possíveis limites do ativismo constitucional. Se o tribunal constitucional participa proativamente em situações de ausência de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo e, por vezes, provoca relevante mutação constitucional, amplia-se o risco de violar a separação de poderes e exarar uma decisão arbitrária.

Partindo da premissa de que graves crises econômicas representam ameaça à estabilidade democrática, analisaremos os direitos sociais sob o prisma da Constituição da República Portuguesa e da Constituição da República Brasileira e a possibilidade de serem eventualmente sacrificados em prol de políticas econômicas. Nestes casos, o papel dos Tribunais Constitucionais torna-se ainda mais relevante. Conforme será demonstrado, em momentos de crises econômico-financeiras, é crescente o número de medidas relacionadas a

direitos sociais (direito à pensão, direito ao trabalho, direito à retribuição) e os Tribunais por vezes são chamados a se manifestar sobre aspectos constitucionais de tais iniciativas de combate à crise, com seus contornos e reflexos sobre direitos pré-constituídos. Como consequência, surge a polêmica, cerne do presente trabalho: tendo em vista que as Constituições de Portugal e do Brasil não contemplam situações de grave crise – Estado de Exceção Econômica –, qual deve ser a postura a ser adotada pelos Tribunais Constitucionais?

CAPÍTULO 3 – ESTADO DE EXCEÇÃO

3.1. Os Sistemas de Controle de Crises

Não há que se falar em emergência constitucional em um Estado totalitário, autoritário e politicamente centralizado, pois os soberanos se apropriam de praticamente todas as prerrogativas estatais utilizando-as, em quaisquer circunstâncias, ainda que de forma arbitrária, sem qualquer espécie de controle. Em razão disso, tendo em vista que os poderes já ficam concentrados nas mãos do Chefe, inexistente espaço para concessão e uso de poderes excepcionais.

Assim sendo, a concepção de Estado de Exceção está intimamente relacionada à defesa do Estado de Direito – chamada de organização constitucional dos períodos de crises –, pois somente os regimes democráticos tentam conjurar seus períodos de crise com um mínimo de sacrifício aos seus direitos e garantias constitucionais.

Paul Leroy destaca que a preocupação com os direitos e garantias constitucionais em momentos de emergência constitucional surgiu com o advento dos regimes democráticos, isso porque quando regente a monarquia absoluta, o monarca detinha todos os poderes de Estado, incluso o jurisdicional, refutando a se submeter a qualquer tipo de enquadramento. Explica o autor que com o advento das monarquias constitucionais, o poder real começa a sofrer certas limitações, considerando que o monarca passa a concorrer, no exercício do poder, com a presença do Parlamento. O surgimento da democracia liberal altera completamente o cenário, e diante de situações excepcionais, coloca em voga a inadequação das instituições para solução imediata delas, em razão de uma nova realidade, na qual não há uma centralização de poder, que, em tese, pode garantir certa eficiência em momentos difíceis. Com a vigência de novos primados, em que pese citar o «exercício da soberania pela representação nacional, separação dos poderes, estabelecimento de freios e contrapesos ao poder», passa-se a ser necessário reunir opiniões e, com isso, «as soluções são tardias e se tornam muito perigosas quando devem ser empregadas contra os males que as reclamam incontinenti»⁹⁵.

Em outras palavras, só nos regimes democráticos, nos quais se verifica um equilíbrio entre a autoridade do Poder Público e a liberdade, é que se justifica o Estado de Exceção para salvaguardar direitos em situações de crise. Isso porque momentos de crise exigem medidas

⁹⁵ LEROY, Paul – *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Paris: LGDJ, 1968, p. 418-419.

excepcionais e, em regra, a ampliação de poderes – e somente regimes democráticos têm a preocupação de criar regras para evitar abusos por parte do Estado quando do enfrentamento de tais circunstâncias.

Independente das expressões utilizadas – «estado de exceção constitucional», «suspensão de garantias individuais» e «defesa de segurança e ordem pública» –, a Constituição deve indicar instituições e medidas de defesa da ordem constitucional na hipótese de situação de anormalidade, constitucionalizando o recurso a meios excepcionais, adequados, proporcionais e necessários ao restabelecimento da normalidade constitucional. Essa constitucionalização de situações de necessidade passa a respaldar as autoridades constitucionalmente competentes a recorrer a meios excepcionais e legítimos para combater situações que coloquem em risco a ordem democrática.

Ao citar K. Stern, JJ Gomes Canotilho⁹⁶ lembra que quanto mais um Estado se torna constitucional tanto mais se impõe a regulamentação constitucional do direito de necessidade. Ressalta que o único meio legítimo de se fixar competências e de se definir os pressupostos do estado de necessidade é mediante a instituição e o reconhecimento de um «direito normativo constitucionalmente conformado», de modo que o instituto deve ser incorporado à Constituição em termos de «regime extraordinário», e deve ser utilizado somente nos casos de anormalidade constitucional.

Contudo, apesar de a «constitucionalização» do estado de necessidade se inserir no constitucionalismo do séc. XIX, a noção de «direito de necessidade» não é exclusiva do direito constitucional e encontra expressões paralelas no âmbito do direito internacional.

A delimitação dos contornos do direito de necessidade constitucional justifica uma breve análise crítica da Teoria do Estado de Exceção (ou estado de necessidade) em consonância com o pensamento de Carl Schmitt e outros teóricos, bem como um histórico do direito de necessidade em Portugal e no Brasil. Tal histórico será importante para demonstrar a evolução do tema e a inexistência, em ambos os países, de previsão de exceção constitucional na hipótese de crise econômico-financeira, cerne do presente trabalho.

As reflexões de Carl Schmitt sobre o estado de exceção estão centradas predominantemente na noção de soberania como poder de decidir e na convicção de que a vontade do povo só se revela se houver homogeneidade. Ainda segundo ele, o funcionamento das instituições deveria ser compreendido a partir das exceções, as quais, no entendimento do

⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1086. ISBN 978-972-40-2106-5.

autor, são mais interessantes que o caso normal, na medida em que este nada prova e aquelas possuem o condão de confirmar a regra. Explica, outrossim, que as exceções têm o poder de explicar a regra geral e de se auto explicar, razão pela qual afirma que diante de um caso geral, para que seja estudado corretamente, é imprescindível que se analise e compreenda as exceções inerentes à regra aplicável.⁹⁷

A percepção de soberania de Carl Schmitt diante da concepção sobre o estado de exceção pode ser constatada muito claramente em sua obra *Teologia Política*. Para ele, não há uma inteligibilidade explícita na identificação do estado de necessidade, sendo ilimitados os seus pressupostos. O delineamento que pode sobrevir do texto constitucional refere-se, no máximo, a «quem deve agir em tal caso». O autor propugna que não há, nessa circunstância, nenhum controle sobre as ações praticadas durante o estado de necessidade, de modo que se atribui ao soberano o poder para decretar a medida e para decidir como deve ser sanada. Logo, «o soberano se coloca fora da ordem jurídica vigente, porém, a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in totum*»⁹⁸.

Esse posicionamento de que somente nas situações de excepcionalidade consegue-se enxergar o soberano, pois é ele quem decide sobre a «situação de exceção», é também compartilhado pelo filósofo Giorgio Agamben⁹⁹. Para ele, a regra de separação entre os poderes legislativo, executivo e judiciário não se aplica no decorrer do estado de exceção, circunstância em que «a expressão “plenos poderes” define uma das possíveis modalidades de ação do poder soberano durante o estado de exceção». Tal expressão, em verdade, relaciona-se à ampliação dos poderes governamentais e, de acordo com Giorgio Agamben, mais especificamente, com «a atribuição ao exercício de promulgar decretos com força de lei».

Já na visão de Friedrich Nietzsche, o soberano cria a lei com o intuito de tornar ilegais os atos arbitrários dos indivíduos e, com isso, frear as vinganças pessoais. O filósofo acredita que a força, em essência, é um querer-dominar e negar isso seria o mesmo que esperar que a fraqueza se expresse em força, razão pela qual acentua que «do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem senão ser estados de exceção, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares», sendo tais meios utilizados para criar maiores unidades de poder.

⁹⁷ SCHMITT, Carl – **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Vozes, 1992, p. 15. ISBN 9788573088168

⁹⁸ *Ibidem*, p. 8. ISBN 9788573088168

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio – **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17. ISBN 9788575590577.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial¹⁰⁰ e as posteriores crises econômicas e políticas na Europa, teóricos como Carl Schmitt, Clinton Rossiter e Hebert Tingsten publicaram obras relacionadas ao Estado de Exceção. Giorgio Agamben afirma que «a Primeira Guerra Mundial coincide, na maior parte dos países beligerantes, com um estado de exceção permanente».¹⁰¹ Ainda, de acordo com ele, a prolongação indeterminada de um estado de emergência deixou de ser uma excepcionalidade nos Estados contemporâneos. Tal medida – estado de emergência –, quando permanente, passa a se configurar como técnica de governo e se torna uma ameaça à estrutura e à diversidade dos tipos de constituição¹⁰².

A guerra mundial demandava medidas sistemáticas de natureza econômico-financeira e a mobilização dos Estados foi muito além de requisições episódicas de alimentos, combustíveis e outras afins. Nesse período, diversos países como Áustria, Itália, Alemanha, Grã-Bretanha e Suíça editaram leis ampliando as atribuições do Poder Executivo.

Na França, por adotar uma compreensão do princípio da indelegabilidade dos poderes atribuídos pela Constituição aos Poderes do Parlamento, não houve esse reforço dos poderes do Executivo. Todavia, viabilizou os regulamentos de necessidade, submetidos posteriormente à ratificação convalidatória pelo Parlamento. Segundo Agamben, «foi a partir daí que a conduta de legislar excepcionalmente, por meio de decretos-leis ou de medidas provisórias do governo, tornou-se prática corrente nas democracias europeias»¹⁰³.

Ocorre que mesmo após a guerra, o fim da emergência militar não coincidiu com o término da emergência econômico-financeira¹⁰⁴ e o cenário continuou a reclamar respostas urgentes. Como exemplo, podemos citar a experiência vivenciada na França, na Alemanha e nos Estados Unidos.

Em 1924, durante a grave crise financeira na França, o Presidente Poincaré requereu plenos poderes em matéria financeira e foi editada uma lei limitando a referida aplicação de poderes pelo prazo máximo de quatro meses. Posteriormente, em 1935 e 1937, novas medidas foram adotadas no mesmo sentido.

¹⁰⁰ O primeiro «modelo» jurídico de regulamentação dos «motins» ou «perturbações» da ordem, Rio Act., surgiu antes da primeira Guerra Mundial, mais precisamente em 1714.

¹⁰¹ AGAMBEN, Giorgio – **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 27. ISBN 9788575590577.

¹⁰² *Ibidem*, p. 13. ISBN 9788575590577.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 27-28. ISBN 9788575590577.

¹⁰⁴ A necessidade de combater os novos fenômenos como o terrorismo e a grave crise econômico-financeira acarretaram a criação de leis restritivas de direitos fundamentais, a ponto de alguns doutrinadores prognosticarem o fim do Estado de Direito.

No caso da Alemanha, a Carta Constitucional de Weimar, em seu artigo 48, conferia amplos poderes ao presidente caso a segurança e a ordem pública estivessem conturbadas ou ameaçadas¹⁰⁵.

Na prática, porém, os últimos dois anos da República de Weimar transcorreram em regime de exceção e o uso do dispositivo supratranscrito passou a ser rotineiro. Somente no período entre 13 de outubro a 2 de novembro de 1923, trinta e seis decretos foram publicados com vistas a superar a grave crise econômica.

Nos Estados Unidos não foi diferente. A crise de 1929 – também conhecida como a Grande Depressão – consolidou os poderes de exceção econômico-financeiras. A política de Franklin Roosevelt durante o *New Deal* consagrou a noção de fortalecer o Poder Executivo e expandir suas atribuições no cenário de emergência financeira, para que ele pudesse editar leis e atos necessários a combater a crise. À época, muitas dessas leis criadas pelo Poder Executivo foram contestadas na Suprema Corte norte-americana e algumas delas foram julgadas inconstitucionais, o que acarretou a reestruturação do Tribunal em 1937 – chamado de *Court Packing Crisis* – e a nomeação de juízes com convicções mais intervencionistas¹⁰⁶.

Carlo Baldi expende uma breve análise dos principais sistemas constitucionais de controle de crises: «(1) um mais flexível, com maior elasticidade e empirismo na ação da emergência, típico dos ordenamentos anglo-saxônicos; (2) outro mais rígido, onde os mecanismos de gestão de crise estão preventiva e legislativamente disciplinados»¹⁰⁷, tal como adotado hoje no Brasil e em Portugal. Para cada hipótese, os modelos adotados na Inglaterra (lei marcial) e na França (estado de sítio) são, respectivamente, paradigmáticos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que a lei marcial não envolve a suspensão do direito comum. Pelo contrário, decorre desse próprio direito, incluindo a utilização de meios adequados ao restabelecimento da ordem, ainda que violento. Tal suspensão do direito

¹⁰⁵ Art. 48 – Se, no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich poderia tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele poderia suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154. *Ibidem*, p. 30. ISBN 9788575590577.

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – A disciplina constitucional das crise econômico-financeiras. **R. Inf. Legis.** [Em linha]. v. 27, n.º 108, p. 38-39, out./dez. 1990. [Consult. 15 fev. 2018]. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175810/000451489.pdf?sequence=1>>.

¹⁰⁷ BALDI, Carlo – Estado de sítio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998, v. 1. p. 414.

comum, portanto, funciona como uma excludente responsabilidade do Estado, salvo se houver excesso injustificado¹⁰⁸.

O estado de sítio, por sua vez, foi introduzido durante a Revolução Francesa, por meio da Lei de 21 de outubro de 1789 e, diferentemente do que ocorre na lei marcial, implica na suspensão temporária de garantias constitucionais. O objetivo da referida suspensão temporária é ampliar o âmbito de atuação governamental em prol da restauração da ordem e deve ter previsão legal.

Ao lecionar sobre o sistema do estado de sítio, Jorge Miranda esclarece que este instrumento decorre da própria Constituição, como forma de se estabelecer algumas garantias e não, ao contrário do que muitos propugnam, de criar rupturas, pois sua proposta é justamente o restabelecimento da normalidade, a qual foi abalada por um período de crise. Não se trata de um fenômeno a ser aplicado sem qualquer parâmetro, visto que suas formas de organização, inclusive seu tempo de duração, encontram balizas no próprio texto constitucional. Admite o jurista a possibilidade de se suspender a Constituição no caso de estado de necessidade, desde que a suspensão seja parcial e que se apliquem as normas previstas para a situação, ou seja, restariam suspensas as normas que se apliquem às circunstâncias de normalidade. Jorge Miranda se posiciona, sobre o assunto, no sentido de que «para lá de uma vicissitude constitucional, trata-se de um específico fenômeno de aplicação de normas em circunstâncias diversas»¹⁰⁹.

Inicialmente, houve quem sustentasse a possibilidade de configurar a situação de emergência financeira como estado de exceção ou de necessidade constitucional, como se tratasse de situação análoga ao estado de sítio ou de emergência – essas sim estão reguladas pela Constituição. No entanto, atualmente, praticamente ninguém sustenta tal hipótese em razão do risco de a crise econômico-financeira se prolongar no tempo – período de três anos do programa com a *troika*, além do período necessário para cumprir as metas do *tratado orçamental* – e, por conseguinte, a Constituição e os direitos sociais ficariam suspensos por prazo indeterminado, gerando enorme insegurança jurídica.

Outra corrente, porém, vem ganhando força. Para os seus defensores, a situação de emergência financeira obrigaria a uma jurisprudência constitucional especial, vez que o direito de crise deve prevalecer sobre a aplicabilidade da Constituição. Para eles, nas situações

¹⁰⁸ LEAL, Gabriel Prado – Exceção econômica e governo de crise nas democracias. **R. Inf. Legis.** [Em linha]. v. 27, n.º 108, p. 107, out./dez. 1990. [Consult. 15 fev. 2018]. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175810/000451489.pdf?sequence=1>>.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui – **Constituição portuguesa anotada**. 2 ed. Ver. Atual. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 1. p. 407-408. ISBN 978-972-724-690-8.

de crise econômico-financeiras, cabe ao Tribunal Constitucional aplicar um direito de crise e não a Constituição Portuguesa como se esta estivesse plenamente vigente. Dizem os críticos¹¹⁰ que os juízes constitucionais jamais refletiram sobre o problema, porquanto tenham criado uma jurisprudência de crise sem se ter pensado em um direito de crise. Jorge Reis Novais¹¹¹ recorre ao exemplo dos Tribunais Constitucionais europeus, os quais passaram a decidir sobre as leis orçamentárias frente à realidade de grave crise econômico-financeira sem pensar sobre o «papel e os limites da Constituição e da justiça constitucional em situação de emergência financeira ou sobre o papel e os limites dos tribunais constitucionais nacionais no espaço jurídico europeu».

Em suma, sustentam que, quando se tratar de medidas de austeridade, o Tribunal Constitucional deve decidir em prol do Governo, salvo na hipótese de manifesta evidência de inconstitucionalidade. Para eles, resta evidente que nas situações de emergência financeira a Constituição Portuguesa não está plenamente em vigor.

Todavia, vislumbra-se que outra possibilidade pode ser derivada dessas correntes doutrinárias: o surgimento de uma nova definição de justiça constitucional, ou, ao menos, uma nova função a ser vocacionada pelo Tribunal Constitucional, qual seja, a intervenção judicial para dizer o direito de crise com vistas a reequilibrar a situação econômico-financeira do País, ao invés de se adotar um posicionamento mais drástico a exemplo da corrente que defende a não vigência plena da Constituição. Esta proposta apresenta-se mais razoável, pois em uma tese chega-se ao extremo de não reconhecer a vigência da Constituição, enquanto na outra aceita-se a necessidade de se imprimir uma interpretação mais limitante do texto constitucional, que permita a restrição de direitos e garantias fundamentais em prol da busca pela saúde econômico-financeira do Estado em tempos de crise.

Contudo, não são encontrados nas Constituições vigentes, inclusive na Constituição Portuguesa – ao menos até o início do século XXI – registros de mecanismos excepcionais para o enfrentamento de crises de natureza econômica e por vezes os Tribunais Constitucionais são chamados para apreciar os aspectos constitucionais das iniciativas de combate a crises econômico-financeiras, com seus contornos e reflexos sobre direitos pré-constituídos, em especial direitos sociais. E daí surge o tema do presente trabalho que, em termos práticos, pretende responder a seguinte pergunta: a supremacia da Constituição e seu efeito vinculante devem atenuar-se em situação de emergência financeira?

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis Novais. **Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 43. ISBN 978-972-40-5825-2.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 43. ISBN 978-972-40-5825-2.

E mais, quando o Governo decide adotar medidas «anticrise» restritivas de direitos sociais e o Tribunal Constitucional cria obstáculos ou inviabiliza tais medidas, suscita-se a questão: a quem compete a última palavra quanto a essas opções políticas – ao Governo, democraticamente eleito e legitimado para governar, ou à justiça constitucional?

3.2. Estado de Exceção no Brasil e em Portugal

No Brasil, até o advento da Carta Magna de 1988, as situações de crise institucional comportavam três procedimentos¹¹²: medidas de emergência, estado de sítio e estado de emergência, os quais, à exceção do estado de sítio, que já tinha previsão legal desde 1891, foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela Emenda n.º 11/78, à Constituição de 1967. Esta emenda fora de iniciativa do Presidente da República, que justificou os mecanismos dentro do contexto de reabertura política, ocasião em que explicitou que o objetivo era justamente, ao providenciar ao Estado mecanismos jurídicos, eliminar o arbítrio. A proposta procurava «distinguir situações, limitando o espaço sob ameaça ou atingido por perturbações, para evitar que se estendam restrições das garantias constitucionais», firmando-se, portanto, a convicção de que providências coercitivas somente poderiam ser adotadas pelo Presidente da República – com o pleno conhecimento do Poder Legislativo – nos casos de grande perturbação da ordem. Na proposta, nada se alterou quanto ao estado de sítio, apenas introduziu-se no ordenamento constitucional o estado de emergência. Destacou-se que era dispensável «acrescentar que as medidas de emergência, bem como os atos praticados na execução do Estado de Sítio e no Estado de Emergência, estão sujeitas ao controle jurisdicional»¹¹³.

¹¹² Aricê Amaral Santos discorre sobre essas medidas de emergências: «ao lado do clássico Estado de Sítio inserto nos artigos 156 e 157, criaram-se segundo novas e arrojadas concepções, as Medidas de Emergência (at. 155 e seus §§) e o Estado de Emergência (arts. 158 e 159) para atender aos reclamos das circunstâncias e exigências das crises hodiernas. Nessa medida, assinala-se que as instituições apontadas foram estruturadas segundo um critério hierárquico de anormalidades – tipo, classificáveis não só e, razão dos pressupostos fáticos que informam as suas condições de fundo, como, em particular, em razão da urgência e grau de gravidade da crise. Na construção piramidal em que coexistem as instruções erigidas para as crises, afigura-se o Estado de Sítio em relação ao Estado de Emergência, à semelhança do estipulado na Constituição de Portugal de 1976, com legislação de maior exponência e drasticidade. À sua vez, as Medidas de Emergência foram instituídas para situações de menor expressão: calamidade ou graves perturbações, que possam ameaçar ou atingir a ordem pública ou a paz social em determinado local. Desse modo, concebida para casos, objetivos e lugar declinados, essa legislação extraordinária, que prevê prazo de vigência reduzido, juridicizou-se com o literal propósito de vedar a aplicação dos Estados de Sítio ou de Emergência à espécie. Nesse delinear, se o Estado de Sítio atua como legislação do mais alto escalão no sistema constitucional das crises, o Estado de Emergência posiciona-se numa relevante colocação intermediária, e as Medidas de Emergência num grau inferior – O Estado de Emergência, cit., 75-76.

¹¹³ Mensagem n. 203, de 26/06/1978 – Presidente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contemplar o estado de defesa em seu art. 136¹¹⁴ e o estado de sítio nos artigos 137¹¹⁵ e 139¹¹⁶, como mecanismo de proteção do regime democrático, além de prever a possibilidade de o Executivo editar medidas provisórias nos termos de seu artigo 62.

O estado de defesa é um poder conferido ao Presidente da República com a finalidade específica de restituição da ordem pública e da paz social, quando estas puderem vir a ser afetadas por iminente instabilidade institucional ou por grandes calamidades. Poderá ser declarado o estado de defesa pelo prazo de até 30 dias (prorrogáveis por igual período) mediante decreto – a ser referendado pelo Congresso Nacional, do qual deverá constar as regras de sua implementação. Enquanto o estado de defesa visa solucionar pequenas emergências de abrangência local ou regional que não colocam em risco a segurança do Estado, o estado de sítio depende de prévia autorização do Congresso nacional e é

¹¹⁴ Art. 136 – O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. **§1º** O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I – restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. **§2** O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. **§3** Na vigência do estado de defesa: I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV – é vedada a incomunicabilidade do preso. **§4** Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta. **§5** Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias. **§6** O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa. **§7** Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.

¹¹⁵ Art. 137 – O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

¹¹⁶ Art. 139 – Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I – obrigação de permanência em localidade determinada; II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV – suspensão da liberdade de reunião; V – busca e apreensão em domicílio; VI – intervenção nas empresas de serviços públicos; VII – requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

decretado¹¹⁷ pelo Presidente da República, em casos de grave repercussão nacional, estado de guerra, resposta à agressão armada estrangeira ou se comprovada a ineficácia das medidas implementadas durante o estado de defesa (art. 137 da Constituição Brasileira de 1988).

Quanto às medidas provisórias, constitui mecanismo de exceção, vez que, se utilizado de forma desmedida, desvirtuará o princípio constitucional da separação de poderes e provocará desequilíbrio político na balança de poderes, tendo em vista que o Poder Executivo, ao editar uma medida provisória, absorve a função por excelência do Poder Legislativo.

Nota-se que, em ambos os casos, as motivações para decretação do estado de defesa ou do estado de sítio contemplam conceitos relativamente abertos – ordem pública, paz social, comoção grave de repercussão nacional. Entretanto, mesmo havendo certa margem para interpretação da aplicabilidade desses conceitos diante do caso concreto, fato é que as regras para utilização desses mecanismos de excepcionalidade estão estabelecidas no próprio texto constitucional, incluindo-se a possibilidade de restrição, tanto no estado de defesa quanto no estado de sítio, de alguns direitos fundamentais, a exemplo do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas (assegurados no inciso XII do artigo 5º da Constituição).

Por outro lado, a história do direito de necessidade em Portugal é amplamente influenciada pelos modelos espanhol e francês.

Na Constituição de 1822¹¹⁸, o tema foi regulado de forma dispersa, não podendo dizer que existia um modelo de regulamentação das hipóteses de estado de necessidade. A noção de defesa do Estado estava relacionada ao poder do rei de realizar detenções em caráter preventivo.

A Constituição de 1826¹¹⁹, por sua vez, estabelecia a suspensão das garantias individuais nos «casos de rebelião ou invasão de inimigos». Nesse aspecto, dizia que os poderes constitucionais não podiam suspender os direitos individuais previstos na Constituição, dado que, como resulta da conjugação dos 33.º e 34.º do art. 145.º: «(a) os poderes constitucionais não podiam também suspender a Constituição em tudo o que não

¹¹⁷ Art.138 da Constituição Federal de 1988: «O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas».

¹¹⁸ Art. 124.º/IV da Constituição de 1822, segundo o qual o rei não pode «mandar prender cidadão algum, excepto: (a) quando exigir a segurança do Estado (devendo então ser preso entregue dentro de quarenta e oito horas ao juiz competentes); (b) por outro lado, ao prever «os casos de rebelião declarada ou invasão de inimigos» o texto vintista refere-se apenas à dispensa de formalidades relativas à prisão de delinquentes» e, mesmo assim, apenas mediante decreto especial das Cortes (art. 211.º) – [Em linha]. [Consult. 20 nov. 2018]. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/const822.html>>.

¹¹⁹ [Em linha]. [Consult. 20 nov. 2018]. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/carta826.html>>.

dizia respeito aos direitos individuais; (b) quanto aos direitos individuais, o que se permite não é a suspensão Constituição, mas a dispensa de algumas formalidades que garantam a liberdade individual».

Mais tarde, a Carta de 1838¹²⁰ também faz alusão à suspensão das garantias individuais «por acto do poder legislativo, nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, e por tempo indeterminado» (art. 32¹²¹.º). Na hipótese de a «Pátria estar em perigo» – situação de necessidade externa –, a suspensão das garantias poderia ser decretada provisoriamente pelo Governo, desde que as Cortes não estivessem reunidas. Esta fórmula abriu caminho para o autêntico estado de necessidade, vez que o decreto de suspensão já contemplava exigências que, posteriormente, acompanharão a constitucionalização das situações de exceção: (a) parlamentarização das situações de necessidade, pois o decreto dava ciência às Cortes, das medidas tomadas (art. 32.º, 2.º e 6.º); (b) princípio da proibição do excesso, pois impõe ao Governo que cesse a suspensão das garantias por ele decretadas tão logo cesse a situação que a motivou (32.º, 3.º); (c) a lei ou decreto deve indicar, de forma expressa e individualizada, as garantias que ficam suspensas (art. 32.º, 4.º); e (d) é vedada a suspensão de garantias em períodos eleitorais (art. 32.º e ss).

O conceito de estado de sítio surge pela primeira vez na história constitucional portuguesa com o advento da Constituição de 1911¹²² – art. 26.º/16, que teve como fonte o art. 36.º/21 da Constituição Brasileira de 1890¹²³. Com isso, o estado de sítio passa a ser um estado de anormalidade, porém definido e delimitado na Carta Magna. Nesse sentido, a Carta de 1911 passou a rever os casos de estado de sítio de guerra e perturbação interna; os efeitos da declaração do estado de sítio; sua delimitação espacial; órgão competente para declarar o estado de sítio – Congresso ou Poder Executivo; controle parlamentar das medidas de exceção

¹²⁰ [Em linha]. [Consult. 20 nov. 2018]. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/const838.html>>.

¹²¹ Artigo 32º – As garantias individuais podem ser suspensas por acto do Poder Legislativo, nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, e por tempo certo e determinado. §1.º – Se as Cortes não estiverem reunidas, e se verificar algum dos casos acima mencionados, correndo a Pátria perigo iminente, poderá o Governo decretar provisoriamente a suspensão das garantias. §2.º – O Decreto da suspensão incluirá no mesmo contexto a convocação das Cortes para se reunirem dentro de quarenta dias; sem o que, será nulo e de nenhum efeito. §3.º – O Governo revogará imediatamente a suspensão das garantias por ele decretada logo que cesse a necessidade urgente que a motivou. §4.º – A lei ou Decreto que suspender as garantias designará expressamente as que ficam suspensas. §5.º – Durante o período de eleições gerais para Deputados, em caso algum poderá o Governo suspender as garantias. §6.º – Quando o Governo tiver suspenso as garantias, dará conta às Cortes, logo que se reunirem, do motivo da suspensão, e lhes apresentará um relatório documentado das medidas de prevenção que por esta ocasião tiver tomado.

¹²² [Em linha]. [Consult. 2 jun. 2018]. Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/const911.html>>.

¹²³ [Em linha]. [Consult. 2 jun. 2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

tomadas pelo Executivo; responsabilidade das autoridades nas hipóteses de violação aos princípio da proibição do excesso; e, por fim, restrição dos efeitos das medidas repressivas.

A Constituição de 1933¹²⁴ adotou um conceito abrangente de estado de sítio, contemplando tanto as situações de estado de necessidade interno («grave perturbação da ordem e segurança pública» e «grave ameaça de perturbação da ordem») como as de caráter externo («agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras»). Uma inovação importante foi a inserção do conceito de «subversão permanente» e a figura do «inimigo interno».

Finalmente, com a promulgação da Constituição Portuguesa de 1976¹²⁵, o novo texto constitucional passou a dedicar vários dos seus preceitos ao direito de necessidade do Estado (arts. 19.º, 134.º/d, 136.º/3/b, 138.º/2, 161.º/l, 165.º/b, 164.º/e, 172.º/1, 179.º/1-f, 275.º/6 e 289.º). Atualmente, existem dois estados de anormalidade, ambos caracterizados pela grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública, e devem ser declarados conforme a intensidade da crise: o estado de sítio, nas situações de maior gravidade, e o estado de emergência, quando a intensidade for menor.

José Joaquim Gomes Canotilho¹²⁶ salienta a falta de clareza do texto constitucional em muitos dos seus aspectos essenciais, em especial a ausência de delimitação e caracterização dos dois mecanismos excepcionais, sendo certo que ambos – estado de sítio e estado de exceção – envolvem os estados de exceção militar (estados de guerra e de emergência) e os de natureza civil (grave ameaça de perturbação da ordem constitucional democrática ou calamidade pública). Pondera o jurista que a única diferenciação possível de se extrair do texto constitucional (CRP, art. 19.º/3) talvez seja o fato de que o estado de emergência apresenta menor gravidade do que o estado de sítio.

Como se vê, o estado de sítio e o estado de emergência podem ser declarados nos casos de estado de necessidade interno, ou seja, nas hipóteses de crises advindas de: (a) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; ou (b) calamidade pública; bem como nos casos de estado de necessidade externo: (a) estado de guerra; ou (b) estado de emergência militar. Em nenhuma dessas situações, no entanto, a Constituição Portuguesa

¹²⁴ [Em linha]. [Consult. 2 jun. 2018]. Disponível em: <https://www.verbojuridico.net/doutrina/2009/tiagoazevedo_constituicao1993.pdf>.

¹²⁵ [Em linha]. [Consult. 2 jun. 2018]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

¹²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1100. ISBN 978-972-40-2106-5.

admite a suspensão individual dos direitos, liberdades e garantias e, sim, a suspensão coletiva de alguns direitos, liberdades e garantias (art. 18.º/3 c/c L 44/86, art. 2.º/2¹²⁷).

Também convém ressaltar que, assim como na Constituição de 1911, o texto constitucional de 1976 também prestigia o princípio da proibição do excesso e adota medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o restabelecimento da normalidade constitucional. Isso porque estado de exceção pressupõe a possibilidade de mais restrições de direitos fundamentais, se comparado com as limitações admitidas pela Constituição em situações de normalidade. Esta suspensão coletiva, no entanto, exige um regime cauteloso para evitar abusos¹²⁸: (a) proibição absoluta de afastar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, direito de defesa dos arguidos, a liberdade de religião, além de não permitir a retroatividade da lei criminal (CRP, Art. 19, nº6) – é o que a doutrina alemã denomina de *diktaturfeste Grundrechte*; (b) exigência de especificar, de forma expressa e taxativa, todos os direitos, liberdades e garantias atingidos pela declaração do estado de sítio (CRP, art. 19.º/3 e L. 44/86, art. 14.º/1/d); (c) vedação de excesso, tendo em vista que as medidas restritivas devem ser estabelecidas de acordo com os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade (CRP, art. 19.º, n.º 4); e (d) limitação temporal, pois as medidas restritivas não podem prolongar-se por mais de 15 dias, admitindo-se a renovação por períodos com igual limite (CRP, art. 162.º/b c/c art. 19.º n.º 5 e L. 44/86, art. 5.º).

Como se verá em seguida, em momentos de crise económico-financeira são adotadas medidas de austeridade que atingem direitos fundamentais¹²⁹e, para evitar abusos, a Constituição Portuguesa determina que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência deve respeitar o princípio da proporcionalidade, sendo devidamente

¹²⁷ As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem ser genéricas e abstratas e, portanto, qualquer lei que suspenda direitos individuais será inconstitucional, além de violar o princípio da igualdade e não discriminação.

¹²⁸ É legítimo o controle de constitucionalidade e da legalidade das medidas de exceção pelos tribunais e pelo Tribunal Constitucional, neste último caso quando se tratar de ato de natureza normativa – Lei 44/86, art. 3.º/3. Por outro lado, aqueles que, na execução da declaração do estado de sítio ou estado de emergência ou leis autorizativas ou confirmativas deles praticarem algum ato ilegal ou inconstitucional estão sujeitos a crimes de responsabilidade (Lei 34/87), além dos crimes contra a Constituição da República e contra o Estado de direito (Código Penal, art. 325.º e L. 34/87, art. 9.º). Por fim, a lei do regime do Estado de Sítio e de Estado de Emergência consagra a responsabilidade civil por violação dos direitos, liberdades e garantias durante do estado de necessidade (art. 2.º/3).

¹²⁹ Alguns autores referem que nestas ocasiões o direito torna-se «perturbador» e tem tendência a recuar. Talvez por isso, o próprio controle das medidas anticrise tenha-se mostrado tão tímido e modesto. Citando Leroy, «o ambiente e de tempo de crise é desfavorável ao juiz, que apenas poderá, a custo, assegurar um controlo limitado. Ver Paul Leroy, ob. cit., p.115-6. Todavia, estas constatações não autorizam, por si só, a concluir pela dispensabilidade do controle de constitucionalidade de medidas anticrise ou atuação diferente dos juízes constitucionais em razão do contexto anormal e gravemente perturbador da estabilidade do Estado.

fundamentada e com a especificação dos direitos, liberdades e garantias, cujo exercício fica suspenso, além de haver um limite temporal para a medida, restando evidente a preocupação do legislador constituinte em limitar a suspensão dos direitos ao período estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

Em razão da grave crise econômica financeira, em 2011, o Estado Português celebrou Memorandos de Entendimento com o Fundo Monetário Internacional, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia que deles resulta a necessidade de adoção, pelo Estado Português, de medidas e iniciativas legislativas relacionadas às finanças públicas, à estabilidade financeira e à competitividade a serem implementadas no período de 3 anos. Ocorre que algumas dessas medidas adotadas pelo Governo eram restritivas de direitos sociais e houve uma série de questionamentos sobre a constitucionalidade delas.

O fato de não haver previsão específica sobre o Estado de Exceção Econômica gera ampla discussão acerca dos limites a serem observados pelo Estado em momentos de grave crise econômica e da atuação das Cortes Constitucionais no controle de constitucionalidade de tais medidas, sobretudo aquelas que afetam direitos sociais. Justamente por não haver regramento constitucional sobre o estado de exceção em situação de crises econômicas – e pelo fato de que sua invocação ocorre quando são afetados ou estão em riscos determinados preceitos constitucionais, sobretudo direitos fundamentais, a competência para ditar os limites ou mesmo ampliar possível realização desse mecanismo fica a cargo dos tribunais constitucionais.

Enquanto a decretação do estado de defesa e o estado de sítio são atribuídos ao Poder Executivo, a decretação informal do estado de exceção e mesmo de um direito de crise, são submetidos à responsabilidade do Poder Judiciário. Diante da ausência de previsão e até mesmo de limites constitucionais, os tribunais ficam encarregados de analisar a constitucionalidade de medidas de normalização da situação de desequilíbrio instaurada no país. Para tanto, tentam se valer de instrumentos extraídos da própria Carta Magna, como forma de balizar sua atuação, valendo-se dos primados da proporcionalidade, da vedação ao retrocesso social, da proteção e confiança e da igualdade, como se verá no capítulo subsequente.

CAPÍTULO 4 – DIREITOS SOCIAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da dignidade da pessoa humana, tanto no Brasil quanto em Portugal, figura como elemento central do sistema constitucional de direitos fundamentais.

Inúmeros são os autores clássicos que se dedicaram ao estudo do princípio da dignidade da pessoa humana – originado historicamente do princípio da *dignitas-hominis* – destacando-se na modernidade José Joaquim Gomes Canotilho¹³⁰, segundo qual o referido princípio retrata a ideia do homem enquanto sujeito autônomo de direitos que guia sua vida em conformidade com seu projeto espiritual particular (*plaster et fictor*).

Immanuel Kant¹³¹, inspirado no pensamento antropocentrismo, defende que o homem, diferente das demais criaturas, deve ser percebido como ser racional. E a partir desta linha de raciocínio ideias de liberdade, igualdade e fraternidade passaram a – de forma gradual, progressiva e constante – influenciar mudanças no campo político, a exemplo do movimento iluminista, a Independência dos Estados Unidos da América, a Constituição da Virgínia (1776) e a Revolução Francesa (1789).

A despeito dos precitados movimentos político-sociais do século XVIII, a efetiva expansão do princípio da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos somente ocorreu na segunda metade do século XX. Isto porque, os atos de brutalidade/desumanidade verificados durante a Segunda Guerra Mundial fizeram com que as nações direcionassem sua atenção à motivação base para a convivência em sociedade, que é a proteção do indivíduo. Assim, no período pós-guerra verificou-se um real movimento de constitucionalização de direitos que resultou na expressa inscrição do princípio da dignidade da pessoa humana nas Cartas Constitucionais na qualidade de pilar dos demais direitos e liberdades individuais.

A elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹³² é representativa deste cenário destacando-se seu preâmbulo que reconheceu a dignidade como sendo «inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis» e seu art. 1º, que estipula que «todos os homens nascem livres e iguais em

¹³⁰ [Em linha]. [Consult. 20 dez. 2018]. Disponível em: <https://www.diritto.it/stampa-articolo/?articolo_id=27113>.

¹³¹ KANT, Immanuel – **Fondements de la metaphysique des Moeurs**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992, p.104.

¹³² [Em linha] [Consult. 20 dez. 2018]. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao/?gclid=Cj0KCQjwtr_mBRDeARisALfBZA4KsRIRFjiLarU17W3Cp8pYmAGRtgeCKhk5pm1kYI3r_szlUX4a-l0aAg5wEALw_wcB

dignidade e direitos, são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade».

Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva¹³³ que: «a dignidade da pessoa humana só foi alçada ao status de fundamentalidade constitucional, positivamente falando, pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (Lei de Bonn), que em seu art. 1.º, n.º 1, estabeleceu: a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais». Nesse período, outras Constituições, influenciadas pela mencionada Constituição alemã, também passaram a prever o princípio da dignidade como fundamental basilar do Estado de Direito. Dentre outras, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978.

A Carta Constitucional Portuguesa dispunha em seu art. 1º: «Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária». E na Constituição espanhola, o art. 10º, n.º 1, dispôs-se que: «a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social».

O constituinte brasileiro positivou o princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, erigindo-o à condição de fundamento da República ao reconhecer que o indivíduo (o seu bem estar) figura como a finalidade básica do Estado. José Afonso da Silva¹³⁴ define seu valor supremo nos seguintes termos: «valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito, irradiando-se não só por toda a ordem jurídica, como também pela ordem política, social, econômica e cultural».

Em síntese, a proteção dos direitos ditos fundamentais visa, de um lado, criar limitações ao poder político – para que, mesmo em momentos de pressão e instabilidade não sejam aprovadas medidas atroz, como aquelas verificadas no curso da 2ª Grande Guerra –, e, de outro, direcionar as ações políticas para que, em momentos de estabilidade, o Estado busque a afirmação daquilo que justifica sua existência, ou seja, a proteção das pessoas, de seu bem estar e de seus direitos¹³⁵.

¹³³ [Em linha]. [Consult. 21 nov. 2018]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c74b7f78409a402>>.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da – **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40. ISBN 8539200422.

¹³⁵ Maria Benedito Urbano, apesar de não contestar a veracidade desta asserção, faz os seguintes apontamentos: «não contestando a veracidade desta asserção, e muito menos pretendendo negar que desde os primórdios do constitucionalismo moderno, a limitação do poder foi concebida em função da proteção das pessoas e dos seus direitos, não pode, todavia, esquecer-se que, naqueles países que viram nascer o controle de constitucionalidade,

A dignidade da pessoa, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável na medida em que é inerente a toda e qualquer indivíduo. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser interpretado como o dever do Estado de promover positiva e negativamente a dignidade de seus cidadãos. Negativamente ao impor a não intervenção – nem mesmo pelo próprio Estado – na esfera individual do cidadão, e positivamente por implicar na obrigação de assegurar a dignidade de cada indivíduo contra ofensas de terceiros. Essa referida efetivação se dá por meio da criação de uma ordem jurídica com fulcro no princípio da dignidade, sendo este o elemento basilar de todos os demais direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, Antonio Enrique Pérez Luño¹³⁶ afirma que «a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo».

Luís Roberto Barroso sustenta que «a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial¹³⁷ e da

a tutela dos direitos fundamentais, em si mesma, não foi o seu principal propulsor. A razão disso reside na circunstância de que, sobretudo em solo europeu, o valor jurídico e a força jurídica dos direitos fundamentais tardaram a ser reconhecidos. Durante muito tempo, os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, não sendo sua consagração no texto constitucional condição suficiente para a sua aplicação aos casos concretos. Ora, sendo a lei emanada pelo órgão democrático por excelência, sendo geral e abstrata e racional, certamente que asseguraria que todos seriam tratados de forma igualitária e justa. Não era, pois, credível que surgissem problemas relacionados com a defesa dos direitos fundamentais. Sustentou Carl Schmitt que houve uma altura em que a legalidade e a crença na legalidade serviram de critérios de legitimidade política. Mas mesmo em solo americano, a defesa dos direitos fundamentais não foi a principal justificação do controlo da constitucionalidade das leis. O que, diga-se em abono da verdade, plenamente justificará um certa apatia inicial do controlo da constitucionalidade, nomeadamente nos EUA, tendo o caso *Marbury v. Madison* de 1803, que é tido como a origem da *judicial review of legislation*, pelo menos a nível federal, sido seguido pelo tristemente famoso caso *Dred Scott v. Sandford* em 1857. Seja como for, é legítimo concluir que a proteção dos direitos fundamentais não será uma realidade efetiva se não se verificar um arranjo dos poderes inspirado na separação de poderes. Como assevera Pace, «o problema central do constitucionalismo, pelo menos do moderno, sempre foi (...) a procura das «técnicas jurídicas» adequadas à melhor realização das liberdades individuais, em termos seja das situações jurídicas subjetivas seja das estruturas institucionais aptas a garanti-las. Há quem sustente que a estrutura do Estado, em particular a circunstância de se tratar de um Estado unitário, federal ou regional (ou talvez, unitário com autonomia regional), também influenciou a implementação do controlo da constitucionalidade, embora aqui se trate, uma vez mais, de um fato que explica melhor o pioneirismo de alguns países neste domínio. (...) De facto, não há como negar, um dos fatores que fomentou a instituição do controlo da constitucionalidade – numa fase inicial porventura mais relevante (embora não tão visível) do que a tutela dos direitos fundamentais – foi o federalismo. URBANO, Maria Benedito – **Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e Modelo de Controlo da Constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 23-24. ISBN 978-972-40-6194-8.

¹³⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique – **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5º ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

¹³⁷ Corinna Treisch define o mínimo existencial nos seguintes termos: «O mínimo existencial é a parte do consumo corrente e cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual – cultural, como educação,

personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral». Em outros termos, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta uma dupla função, sendo a primeiro a de servir como elemento central de todo o sistema de direitos fundamentais por integrar cada um dos demais princípios, conferindo unidade axiológica ao referido sistema, e a (segunda) função de natureza hermenêutica, servindo de parâmetro para a aplicação, integração e interpretação dos direitos fundamentais, assegurando coerência interna ao sistema.

A interpretação do §2º do artigo 5º combinado com artigo 1º, ambos da Constituição Federal Brasileira, leva-nos à conclusão de que os direitos fundamentais estão diretamente relacionados com os princípios fundamentais, em maior ou menor grau.

Segundo Norberto Bobbio, as gerações são consequências das exigências de direitos dispostas em fases, correspondendo a duas gerações de direitos humanos¹³⁸. Os direitos de primeira geração – também conhecidos como direitos negativos – são aqueles destinados a impor limitações aos poderes constituídos, a exemplo do direito de liberdade, que exige um não fazer por parte do Estado. Os direitos relativos a esta fase têm por escopo assegurar as liberdades individuais, direcionando ao Estado um dever abstencionista, de não intervenção nas relações entre particulares.

Os direitos sociais, por sua vez, surgem, em decorrência do movimento socialista do século XIX, cujas reivindicações tinham como pilares a igualdade e a justiça social, considerando-se a opressão dos proletariados e a busca por condições mínimas para uma vida digna. Essa segunda geração almejava, ao contrário da primeira, uma maior intervenção do Estado, tendo por objetivo a garantia e proteção de direitos sociais, econômicos e culturais dos segmentos mais desfavorecidos/frágeis da sociedade.

Como natural consequência da evolução social, constatou-se que a real e efetiva dignidade do indivíduo não é atingida apenas com a garantia de direitos individuais, civis e políticos, sendo fundamental, também, a efetivação de direitos relacionados à esfera social, econômica, cultural e de solidariedade. Isso porque o Estado Democrático de Direito não é baseado apenas em uma sociedade livre, mas também justa e solidária, com a redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos.

sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também a cultural – espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural» (TREICH, 1999, p. 1).

¹³⁸ Cumpre assinalar que alguns doutrinadores criticam a «segregação» dos direitos humanos em gerações, em razão da correlação intrínseca entre esses direitos

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem¹³⁹, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, já consagrava em seu artigo XXII que «todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo reforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade».

Para Bobbio, os direitos sociais «expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado»¹⁴⁰. Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração. É uma fase marcada pela fraternidade e pela evolução de direitos que transcendem a lógica de proteção individualista, e cuja tutela interessa a toda a humanidade.

Como ressalta Dirley da Cunha Júnior¹⁴¹, os direitos sociais são os meios pelos quais os indivíduos são legitimados a exigir do Estado uma prestação positiva, seja de ordem jurídica ou material, imprescindível para assegurar-lhes liberdades fundamentais e a equidade diante de realidades sociais desiguais. São, portanto, os direitos sociais os instrumentos capazes de prover melhores condições de vida aos que mais necessitam.

4.1. Direitos sociais na Constituição da República Portuguesa

A Constituição Portuguesa trata dos direitos sociais no seu Capítulo II, do Título III, atinente aos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais (CRP, artigos 63.º ao 72.º). Desde o seu texto originário de 1976 até a sua 4ª Revisão (lei nº. 1/89), não disciplinou os direitos fundamentais por meio de um regime unitário, mas estabeleceu um regime geral dos direitos fundamentais¹⁴² – aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive aos direitos

¹³⁹ [Em linha]. [Consult. 08 fev. 2019]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html

¹⁴⁰ Parte da doutrina também considera os direitos humanos de terceira geração como o direito à paz, ao meio ambiente protegido e ao desenvolvimento.

¹⁴¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha – **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

¹⁴² O Princípio geral – princípio da universalidade – está consagrado no artigo 12.º da Constituição de Portugal, segundo o qual os direitos fundamentais são «direitos humanos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses, salvo quando a própria constituição ou a lei (com autorização constitucional) estabelecer uma «reserva dos direitos» para os cidadãos portugueses. Outro princípio estruturante do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), que trata da igualdade no sentido formal, mas pelo princípio da igualdade exige-se, também, uma igualdade material por meio de lei, devendo tratar-se por «igual o que é igual e

sociais –, e um regime específico dos direitos, liberdade e garantias, aplicável apenas aos direitos, liberdade e garantias e aos direitos de natureza análoga. Em seu artigo 17.º, a Constituição Portuguesa confere tratamento diferenciado para esta categoria de direitos fundamentais e, entre outros traços caracterizadores deste regime específico, está a aplicabilidade direta das normas que os reconhecem e a exigência de requisitos formais e materiais, expressamente previstos na Constituição, para criação de leis restritivas desses direitos.

Como se vê, o legislador Constituinte optou pela assunção dos direitos sociais como direitos fundamentais, porém conferiu aos direitos, às liberdades e às garantias, consagrados no título II da 1ª parte da Constituição, um regime jurídico-constitucional de proteção privilegiada. O dito regime específico de proteção dos direitos, liberdades e garantias é caracterizado por três aspectos: (i) regime de revisão constitucional: os direitos, liberdades e garantias são erigidos como limites materiais de revisão constitucional¹⁴³ (no Brasil, chama-se cláusula pétrea); (ii) regime orgânico: constituição prevê a reserva de competência legislativa da Assembleia da República¹⁴⁴; (iii) regime material: o artigo 17.º da CRP disciplina os traços caracterizadores do regime - aplicabilidade direta das normas que os reconhecem (art. 18.º/1); vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18.º/1); reserva da lei para a sua restrição (art. 18.º/2 e 168.º/1/b); princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18.º/3); princípio da generalidade e abstração das leis restritivas (art. 18.º/3); princípio da não retroatividade das leis restritivas (art. 18.º/3); princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18.º/3); limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e de emergência (art. 19.º/1); garantia do direito de resistência (art. 21.º); garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22.º); garantia perante o exercício da ação penal e da adoção de medidas de polícia (art. 272.º/3); garantia contra «leis de revisão» restritivas do seu conteúdo (art. 282.º/d).

desigualmente o que é desigual». Com isso, surge farta jurisprudência no sentido de que o princípio da igualdade está intimamente ligado à proibição geral do arbítrio: princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento for arbitrária, ou seja, não tiver fundamento sério, um sentido legítimo; e a diferenciação jurídica não contiver um fundamento razoável – Ac. TC 44/84, DR, II, Série, de 22/5; Ac. TC 186/90, DR, II Série, de 12/9; Ac. TC 187/90, DR, II Série, de 12/9; Ac. TC 188/90, DR, II Série, de 12/9. Cf. por último, 330/93, 16/93, 335/94, 786/96. Existem diversos dispositivos constitucionais relacionados que visam concretizar o princípio da igualdade e de justiça social. Dentre eles, podemos citar: artigos 29.º/4, 36.º/4, 37.º, 40.º, 41.º, 47.º, 50.º, 58.º/2, 59.º/1/a, 59.º/2/c e f, 64.º/2, 73.º, 74.º, 78.º/2/a, 113.º/3/b, 230.º/2. Por fim, o terceiro princípio do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio do acesso aos tribunais, previsto no artigo 20.º da CRP – direito à tutela jurisdicional efectiva. Em termos gerais, direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza por meio de um processo jurisdicional equitativo e visa assegurar o acesso à solução jurídica das controvérsias em prazo razoável e com garantia de imparcialidade, direito à ampla defesa e ao contraditório (cf. Ac. TC 86/88, DR, II, 22/8/88).

¹⁴³ CRP, art. 288.º/d.

¹⁴⁴ *Ibidem*, art. 165.º/b.

Embora a diferenciação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais se faça necessária pela própria natureza deles, em um Estado Social de Direito não se justificaria uma distinção material entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de forma a privilegiar os primeiros. Esse tratamento diferenciado é reflexo das características formais desses direitos fundamentais, levando-se em conta o grau de determinabilidade do conteúdo constitucional dos direitos em causa e a natureza dos deveres estatais diretamente envolvidos, com a consequente diferença das reservas que os afetam. Isso porque a determinabilidade constitucional típica dos direitos de liberdade garante sua aplicação direta e imediata. Por sua vez, os direitos sociais não são constitucionalmente determinados ou determináveis e a prestação por parte do Estado depende de pressupostos materiais, designadamente financeiros (reserva do possível), assim como da atuação do legislador infraconstitucional para o exercício desses direitos.

Todavia, tal característica, repita-se, não lhe retira a qualidade de direitos fundamentais. A própria Constituição afirma que apenas alguns dos direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta das normas que os reconhecem (CRP, art. 18.º/1).

Canotilho e Vital Moreira expressam os direitos sociais¹⁴⁵ como direitos fundamentais do homem, fundamentadores do Estado Social de Direito, porquanto, tal como explanado por Dirley da Cunha Júnior (anteriormente citado), possibilitam aos indivíduos exigirem melhores condições de vida, de modo a se igualar situações sociais desiguais. Para os autores, a existência de tais direitos coloca em voga a relação entre regimes geral e especial, esclarecendo que não se trata de defender a existência de dois regimes distintos – aplicável, cada um, a determinado grupo de direitos fundamentais diversos. Assim, «o que existe é um regime geral (a todos aplicável) e um regime especial (próprio dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos de natureza análoga) que se acrescenta àquele»¹⁴⁶. Ou seja, de acordo com os autores, há uma dimensão prestacional¹⁴⁷ dos direitos econômicos, sociais e culturais,

¹⁴⁵ Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 6º, proclama serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. E em seu artigo 7º, enumera, de forma exemplificativa, direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. E, com o intuito de dar maior efetividade aos direitos sociais, no ano de 2000, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 31, que passou a prever dentre os objetivos da República, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para isso, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído em âmbito federal, para vigorar até 2010, com a possibilidade de prorrogação de sua vigência.

¹⁴⁶ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; VITAL, Moreira – **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 120.

¹⁴⁷ Preferimos falar em «dimensões» do que em «regras específicas», como faz MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 137, pois algumas dimensões específicas dos

nitidamente contemplada na Constituição, mas que não configura um regime particular de tais direitos. Trata-se, portanto, de complementariedade e harmonização, de tal modo que os autores reconhecem a existência de regras e princípios constitucionais garantidores de certa «categorias de direitos», os quais convivem com um «regime específico em situações de estado de sítio ou estado de emergência»¹⁴⁸.

Assim, por serem normas programáticas e possuírem uma formulação semanticamente aberta – falta de determinabilidade do seu conteúdo –, a Constituição não indica quais as prestações que se visa conceder, a forma da sua atribuição ou os respectivos pressupostos. Por conseguinte, a concretização desses direitos exige uma intermediação legislativa, com a criação de normas que definam os meios concretos para o seu exercício.

Desta forma, tal como acima evidenciado, a norma de garantia de um direito social, ao contrário daquela dos direitos de liberdade, traduz-se na imposição ao Estado de um dever de prestar (dimensão positiva dos direitos sociais), sendo que sua realização dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, que não estão na totalidade do controle do Estado. Por esse fato, ou seja, por esse condicionamento material e financeiro inerente à prestação do Estado, a norma, em geral, não pode desde logo garantir ao seu titular, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido. A título de exemplo, compare-se o direito à integridade pessoal (artigo 25.º da CRP) com o direito à habitação (artigo 65.º da CRP): o primeiro, sendo de liberdade, está imediatamente assegurado e na sua dimensão principal, de defesa da autonomia e da liberdade individual, pode ser imediatamente efetivado; todavia, o mesmo já não acontece com o direito à habitação: por se tratar de um direito social afetado por uma reserva do financeiramente possível, a norma não tem eficácia imediata na medida em que depende de pressupostos (nomeadamente financeiros) que não se encontram na inteira disponibilidade do Estado. Afinal, em um contexto de crise financeira, é possível que o Estado não tenha recursos suficientes para assegurar uma habitação condigna para os particulares necessitados.

Perante isto, questiona-se: qual o grau de vinculação do legislador a esta obrigação de efetivação dos direitos sociais?

A doutrina portuguesa não se tem mostrado unânime na resposta a esta pergunta.

direitos econômicos, sociais e culturais que este autor assinala não são regras jurídicas (ex: dependência da realidade constitucional, conexão com tarefas e incumbências).

¹⁴⁸ Cf., por último, *Ibidem*, p. 146, onde se alude a uma «ordem decrescente de consistência e protecção jurídica dos direitos fundamentais». A ideia de «ordem decrescente» merece-nos reservas, porque pode sugerir a existência de um diferente «grau ou valor» quando, na realidade, se trata de regime jurídico «qualificado», aliado, de resto, natureza específica dos direitos.

Para Jorge Miranda, as normas programáticas constituem «apelos ao legislador ordinário, concebido como executor do projecto constitucional».¹⁴⁹ Logo, na apreciação quanto à efetivação dos direitos sociais, «os órgãos de decisão política hão de gozar, por certo, de uma relativa margem de liberdade – de liberdade de conformação».¹⁵⁰ Com a ressalva do «conteúdo essencial» do direito que terá de ser respeitado pelo legislador, o conteúdo dos direitos sociais é determinado não tanto pela Constituição, mas em maior ou menor medida por opções do legislador ordinário. Todavia, nas palavras de Jorge Miranda, não significa «forçosamente que todos os direitos sociais sejam direitos a prestações não vinculadas, ao fim e ao resto pretensões jurídicas e nunca verdadeiros direitos subjectivos; que deles não possam deduzir-se pretensões jurídicas concretas por via interpretativa; que sejam direitos sob reserva (condição) de lei ou constituídos por lei; ou que neles os indivíduos não apareçam como destinatários directos de normas constitucionais». A avaliação da situação deverá ser feita caso a caso, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto¹⁵¹.

Posição idêntica parece ser a defendida por Rui Chancerelle Machete, que considera que as normas programáticas somente «orientam» o legislador, que apesar de possuir certa «liberdade de conformação positiva», deve de forma «gradual e permanente» aproximar-se dos objetivos constitucionais.¹⁵²

Também para José Casalta Nabais, os direitos sociais, apesar de constituírem o legislador «em específicas obrigações de legislar», não serão «imediatamente aplicáveis», nem relativamente a eles se poderá falar de «restrições», porque «são direitos sob reserva do possível», cujo conteúdo vai ser fornecido pelo legislador que está «apenas vinculado ao conteúdo mínimo (senão mesmo ínfimo) de cada «direito social» decorrente da sua própria consagração constitucional e do nível de concretização legislativa que, eventualmente, tenha alcançado»¹⁵³.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge – **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Livraria Petrony, 1977, v. 1, p. 336, «Inconstitucionalidade por omissão (Artigos 146º, alínea b); 279º; e 284, alínea b)».

¹⁵⁰ *Idem* – **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 393.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 113-114. ISBN 978-972-32-2118-3.

¹⁵² Cf. MACHETE, Rui Chancerelle de – **«Pareceres», «Parecer nº 7 – Normas Constitucionais Programáticas e Liberdade do Legislador»**. Estudos de Direito Público e Ciência Política, Fundação Oliveira Martins, Centro de Estudos Administrativos. Lisboa, 1991, p. 592-593.

¹⁵³ NABAIS, José Casalta – **«Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional»**, Separata do vol. LXV (1989), do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC). Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1990, p. 13. Vide, também, e no mesmo sentido, do autor, **«Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa»** – Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 400 Legislador. Estudos de Direito Público e Ciência Política, Fundação Oliveira Martins. Centro de Estudos Administrativos. Lisboa, 1991, p. 592-593.

Tal como a dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, a ideia de núcleo essencial dos direitos tem inspiração na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Apesar de o texto constitucional alemão não garantir expressamente os direitos sociais, este Tribunal passou a reconhecer determinadas garantias no campo socioeconómico. Assim, começando a dar os primeiros passos na década de 50, foi em 1975 que a doutrina passou a defender a existência do núcleo essencial, entendido como o direito social a um mínimo para uma existência condigna.

Ora, a partir daqui, esta teoria vai obter um eco generalizado em outras jurisdições nacionais, e passa a ter consagração constitucional expressa em diversos países, a exemplo de Portugal (artigo 18.º, n.º 3 da CRP, já citado). O núcleo essencial é entendido como «aquele núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível»^{pe}

Com isso, mesmo quando é possível restringir o direito, essa restrição não pode atingir esse núcleo, sendo este imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito.

Portanto, mesmo no caso de direitos sociais, há uma imposição constitucional obrigando o legislador a atuar positivamente, criando condições para o exercício do direito. Nesse sentido, a própria Constituição portuguesa determina como tarefa fundamental do Estado, a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais (CRP, art. 9.ºd).

Diante do acima exposto, resta evidente que, a despeito das características dos direitos sociais, estes são direitos fundamentais e devem ser assegurados pelo Estado de forma a garantir o núcleo existencial para uma vida condigna.

Ocorre que a diferenciação feita na Constituição Portuguesa quanto ao tratamento dado aos direitos sociais, fez com que parte da doutrina tradicional portuguesa os classificassem como «direitos fundamentais não resistentes à lei», o que influenciaria no controle de constitucionalidade a ser prestado pelos Tribunais Constitucionais. Nessa linha de raciocínio, existiriam dois tipos de direitos fundamentais: os resistentes à lei e os segundos – os direitos sociais –, não resistente à lei. No primeiro caso, a lei pode restringi-los (não há direitos absolutos), porém para fazê-lo, o legislador deve invocar motivo relevante e cabe ao Tribunal Constitucional fiscalizar a motivação, o alcance e a forma de atuação do legislador sob a égide do princípio da proporcionalidade. Exemplo disso são os direitos fundamentais

¹⁵³ *Ibidem*, p. 13.

sujeitos ao regime próprio. Por isso é considerado um direito resistente à lei – Tribunal Constitucional avalia, de acordo com o caso concreto, se a resistência deve ou não subsistir. Já no segundo caso, quando se tratar de direitos sociais, o legislador tem liberdade para limitá-los. Ou seja, quando envolver direitos sociais, a fiscalização pelo Tribunal Constitucional pode ser exercida de forma menos intensa, sobretudo em momentos de grave crise econômico-financeira, haja vista a escassez de recursos do Estado para concretizar tais direitos que, como vimos, não são autoaplicáveis.

No ano de 2012, o Tribunal Constitucional discutiu a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Orçamentária de Estado para este ano, dando origem ao Acórdão n.º 353/2012 e essa diferenciação entre direitos sociais e direitos de liberdade foi destacada pela Conselheira Maria Lúcia Amaral.

Na ocasião, os Conselheiros reconheceram a gravíssima situação financeira que o país atravessava e o interesse público excepcional de cumprir as metas do déficit público estipuladas no memorando de entendimentos firmado pelo Estado. Contudo, apesar de o contexto de anormalidade, defenderam que nada justificaria dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito. Segundo eles, embora a Constituição não possa ficar alheia à realidade e ao contexto no qual está inserida, os interesses políticos e econômicos não podem prevalecer sem quaisquer limites.

No entanto, ao declarar seu voto de vencida, a Conselheira Maria Lúcia Amaral defendeu que se a Constituição Portuguesa permite a restrição de direitos fundamentais em tempos de anormalidade, não haveria justificativa para não permitir a restrição de direitos que, segundo ela, não possuem estatuto da fundamentalidade como o direito ao trabalho e aos rendimentos que com ele se aufera (CRP, artigos 58.º, 62.º e 63.º). Segundo a Conselheira, o direito a não diminuição da remuneração trabalhista não pode ser alçado como direito fundamental, resistente à lei, pelo simples ato de constar da constituição. Fundamenta seu posicionamento na compreensão de que a constituição, ao dizer o direito na relação entre cidadãos e Estado, não é taxativa, não subsistindo possibilidade de se atribuir ao direito em questão (diminuição do montante da retribuição do trabalho) o estatuto substancial de fundamentalidade, haja vista que, diferentemente dos direitos e liberdades fundamentais, nenhuma Constituição pode garantir que o *quantum* remuneratório esteja sempre em um crescente.

No trecho acima transcrito, a Conselheira recusa o estatuto de direito fundamental – resistente à lei – ao direito à retribuição, apesar de este estar consagrado pela Constituição

Portuguesa como direito social fundamental nos termos do artigo 59.º, n.º 1, *a*. Embora este posicionamento se restringisse ao direito à retribuição, a concepção de direito «não resistência à lei» foi alargado a todos os direitos sociais no voto de vencida ao Acórdão n.º 413/2014, no qual a mesma Conselheira atribui a falta de resistência aos direitos das *personas no determinadas e determináveis a nível constitucional* que, como já vimos, são traços característicos dos direitos sociais.

Nesta linha de raciocínio, a Conselheira e parte da doutrina entende que, se a lei fixa tais direitos, ela também pode alterá-los. Logo, não são direitos resistentes à lei e, por conseguinte, a fiscalização de constitucionalidade dos direitos sociais deve ser menos intensa. Essa corrente fundamenta-se na doutrina e na Jurisprudência alemã que admitem 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis: (a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); (b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e (c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

No primeiro nível – o controle de evidência –, a norma só poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador violarem flagrantemente algum bem jurídico. Afinal, conforme ressaltado pelo Tribunal alemão, não subsiste razão para que a atuação do legislador promova uma redução nas liberdades e direitos fundamentais de tal forma que provoque a condição de uma vida sem dignidade humana. Diante dessa percepção, o Tribunal entende que a missão do controle de constitucionalidade consiste em harmonizar a liberdade fundamental nos campos da política económica e da política social – reservadas ao poder legislativo, impondo ao legislador o limite de proteção das liberdades fundamentais.

Esse controle de evidência foi traçado, também, na decisão *BVerfGE 77, 170 (LagerungChemischerWaffen)*, na qual o Tribunal convencionou o entendimento de que para observância dos deveres de tutela, «cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação (poder discricionário), que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes». Todavia, o Tribunal ponderou que a margem conferida ao Legislativo e ao Executivo para conformação dos deveres de tutela somente pode sofrer uma interferência jurisdicional se o for de maneira restrita e com a finalidade de salvaguardar os bens jurídicos em questão.

Assim, o Tribunal fixou o entendimento de que a admissão de uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) infere a demonstração, «de maneira concludente, que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente

as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção».

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está voltado a averiguar se a decisão legislativa foi tomada com base em todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei (*BVerfGE*50, 290).

Também na decisão *Mühlenstrukturgesetz* (*BVerfGE*39, 210), o Tribunal Constitucional alemão assentou o entendimento de que o controle de constitucionalidade consiste, inicialmente, na constatação de que se o legislador, quando da promulgação da lei, certificou-se da situação fática em vigência. Uma vez que tenha avaliado os dados da realidade social e os perigos que ameaçam a sociedade, «os (eventuais) erros (que vierem a ser revelar no futuro) sobre o desenvolvimento econômico devem ser tolerados».

Assim sendo, no segundo nível, o controle de constitucionalidade leva em consideração a diligência do legislador, ou seja, se ele utilizou todas as informações acessíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, agindo, portanto, de «maneira sustentável».

No terceiro nível – chamado de controle material intensivo (*intensivierteninhaltlichenKontrolle*) – se aplica às intervenções legislativas que afetam intensamente bens jurídicos fundamentais de suma relevância e, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal.

Essa fase do controle foi expressamente citada na decisão *Mitbestimmungsgesetz* (*BVerfGE*50, 290), mas já havia sido mencionada na decisão *Apothekenurteil* (*BVerfGE*7, 377, 1958), em que se discutiu o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de profissão. Na ocasião, o Tribunal manifestou-se no sentido de que a exigência de cumprimento e proteção dos direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, constitui primordial limitação ao poder regulamentar. A atividade legislativa, nesse contexto, deve ser fiscalizada pelo Tribunal Constitucional Federal – controle de constitucionalidade. Atendo-se à restrição de livre escolha profissional, pontuou-se no julgado que se tal restrição «estiver no ‘último de grau’ (dos pressupostos objetivos de sua admissão), o Tribunal Constitucional Federal deve primeiro examinar se um bem jurídico coletivo prevalecente está ameaçado e se a regulamentação legislativa pode mesmo servir à defesa contra esse perigo». A atuação do Tribunal, portanto, consiste em analisar se o Legislativo efetivamente interveio

para a proteção do bem jurídico tutelado ou se poderia ter exercido sua interferência com «regulamentações de um degrau anterior».

Cita-se, ainda nesse julgado, possível questionamento de que o Tribunal poderia extrapolar sua competência, tendo em vista que só teria condições de verificar se o Legislativo não detinha outros meios eficazes de enfrentamento da problemática, caso conhecesse todas as relações sociais a serem regulamentadas e todas as possibilidades de regulamentação. Contudo, tal argumento serviria tão somente para suscitar, equivocadamente, a possibilidade de o Tribunal estar, no exercício desta atribuição, violando o primado da separação dos poderes, ao interferir na esfera legislativa e, transcrevendo parte do *decisum*, «o Tribunal Constitucional não pode concordar com essa posição», tendo em vista que não pode ser afastado de sua missão institucional, qual seja, a de proteger os direitos fundamentais.

Sintetizando, o entendimento do Tribunal é de que existem graus de proteção de liberdades quando se trata de um direito fundamental, de modo que o tribunal constitucional deve averiguar se «os pressupostos para uma regulamentação estão presentes no degrau onde a liberdade é protegida ao máximo», ou seja, devem checar se efetivamente a intervenção, quando efetivada, foi «inexoravelmente obrigatória». Isso só se confirma caso as medidas legislativas adotadas no «degrau inferior» não tenham se mostrado suficientes.

Nesse terceiro nível, o controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra no exame de ponderação de bens e valores realizada pelo legislador e examina se a intervenção legislativa é realmente essencial, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes.

Com efeito, a Constituição atribui ao legislador amplos poderes para eleger bens jurídicos e avaliar as medidas adequadas para sua efetiva proteção. Entretanto, na hipótese de o legislador adotar medidas legislativas que extrapolem os limites definidos pela Lei Fundamental – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, é dever do Tribunal exercer um controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis violadoras de princípios constitucionais.

Essa corrente que diferencia os direitos sociais dos demais direitos fundamentais e defende a maior liberdade do legislador para intervir nos direitos sociais – classificados de «não resistentes à lei» – vem ganhando destaque na doutrina e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e alguns compreendem que tal entendimento deve refletir no nível de intensidade do controle de constitucionalidade das leis. Porque, sendo a tutela constitucional

dos direitos sociais inferior aos direitos, liberdades e garantias por não ser autoaplicável, ela dependerá sempre da capacidade financeira do Estado e em situações de crise econômico-financeira certamente eles serão os mais afetados.

Ao analisar as decisões do Tribunal Constitucional Português durante o período de grave crise econômico-financeira ocorrido entre 2011 e 2013, percebe-se uma flexibilidade maior no controle de constitucionalidade de medidas que afetavam direitos sociais, sob o argumento de que a crise econômico – financeira configuraria interesse público de excepcional relevo. Daí surge o tema do presente trabalho: existe respaldo constitucional para o controle de constitucionalidade menos intenso por parte do Tribunal Constitucional Português quando se trata de medidas que violam direitos sociais fundamentais?

4.2. Direitos sociais no Direito Brasileiro

Pode-se dizer que os direitos sociais sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas foi somente na década de 1930 que as questões sociais vieram a ganhar a devida importância e atenção que mereciam, tendo sido a Constituição de 1934 a primeira a instituir título específico que disciplinasse a ordem econômica e social (Título IV).

Todas as Constituições Brasileiras posteriores a de 1934, em algum momento, trouxeram à tona as questões sociais. A diferença entre elas encontrava-se nos tipos de direitos sociais previstos e sua aplicabilidade, o que variava de acordo com o governo vigente à época, tendo em mente que o Brasil passou por dois regimes autoritários entre o período da Carta Magna de 1934 e a Constituição de 1988, tendo sido promulgadas neste tempo 3 Constituições (1937, 1946 e 1967).

Dentre todas as Constituições Brasileiras, é evidente que a que mais assegurou e deu a merecida importância aos direitos sociais foi a Constituição de 1988 – apelidada de «Constituição Cidadã», por prever em seu artigo 6º amplo rol de direitos sociais fundamentais, e dentre todas das Constituições Brasileiras até então existentes, é a que mais confere eficácia a eles. Exemplo disso é a possibilidade de o Poder Judiciário interferir na hipótese de inércia por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, por meio das ações de inconstitucionalidade por omissão, de forma a pressioná-los a tomar as medidas necessárias para que sejam concretizados os direitos previstos constitucionalmente.

Isto ocorre, pois, tal qual na Constituição Portuguesa, embora os direitos sociais estejam previstos na Constituição de 1988 não são autoexecutáveis e precisam de norma

infraconstitucional para ter aplicabilidade na vida dos cidadãos. Logo, apesar de previstos constitucionalmente, não é essa que os regulamenta, cabendo ao legislador o fazer posteriormente por meio da edição de leis que os dê concretude.

Embora a ação de inconstitucionalidade por omissão não seja exclusividade do direito brasileiro – como vimos, Portugal também contempla esse mecanismo de fiscalização –, verdade é que no Brasil existe forte tendência à judicialização das questões relacionadas à matéria em razão da falta de investimentos do Estado na concretização dos direitos sociais.

De fato, apesar de serem direitos fundamentais, não há como negar que, por suas características, os direitos sociais são mais facilmente afetados em momento de crise econômico-financeira e o desafio que se impõe é buscar formas de limitar essas restrições para que não haja abusos por parte dos governantes.

Conforme será demonstrado, o Tribunal vem aplicando o art. 18.º, que condensa os princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito – e, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, analisa caso a caso por meio da ponderação de interesses, de forma a avaliar o peso a ser dado a cada um deles e assim decidir qual deles deverá prevalecer naquelas circunstâncias. Mesmo nos casos dos direitos sociais, suas limitações também sofrem limites – é a chamada «teoria dos limites dos limites»¹⁵⁴ – advindos da própria Constituição e obrigatoriamente deve respeitar o núcleo essencial da norma constitucional, conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, sob pena de ser inconstitucional.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao citarem o voto do Ministro Rodrigues Alckmin proferido na Representação 930¹⁵⁵ sobre a liberdade de exercício de qualquer profissão, explanam que tal liberdade somente poderia ser limitada sob duas condições: observando-se os parâmetros constitucionais e partindo-se do pressuposto da razoabilidade. Sobre essas condições é que atua o Poder Judiciário, para examinar se de fato há legitimidade na regulamentação proposta pelo Legislativo. Questionam os juristas, na ocasião, quais seriam os limites para a restrição ao exercício da profissão e concluem que o primeiro deles seria os relacionados às exigências de capacidade técnica. Dentro de um exercício de lógica dedutiva, ponderam que, se por um lado, pode o legislador regulamentar mais exigências para além das de cunho técnico, estas não podem ser arbitrárias ou ilimitadas, devem, minimamente, decorrer do interesse público. Os juristas tomam como exemplo a

¹⁵⁴ Chamado pela doutrina alemã de *Schranken-Schranken*.

¹⁵⁵ [Em linha]. [Consult. 19 nov. 2018]. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf-o-seculo-xx/capitulo-i-antecedentes-do-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf/7-rp-930-julgado-em-551976-rel-min-cordeiro-guerra>>.

profissão de corretor de imóveis, cujo exercício não é compatível com a exigência de um conhecimento específico ou mesmo com a aplicação de uma prova técnica.

Desenvolvem o entendimento da seguinte forma: se não há requisito prévio, em termos de capacidade intelectual e profissional – aferível por órgão de representação de classe, não subsiste fundamento para se exigir atestado de capacidade profissional. Requerer o registro em órgão de representação de classe, nessa circunstância, seria para fins meramente corporativistas, em seu sentido negativo, ou seja, para que se possa dificultar ou facilitar o ingresso de novos membros, reservando-se «o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza».

Diante do exposto, os juristas asseveram que não se evidencia justificativa razoável, frente à Constituição Federal, para regulamentação da profissão de corretor de imóveis, sem, contudo, excluirmos a plausibilidade de limitação ou mesmo disciplinamento de seu exercício a partir de imposição de condições de capacidade técnica ou requisitos especiais, morais e físicos. Concluem, outrossim, que o poder de polícia legislativo a ser aplicado sobre tais condições deve, obrigatoriamente, sujeitar-se ao critério da razoabilidade, e uma vez que não o faça, caberá ao Poder Judiciário apreciar a legitimidade de eventuais restrições à liberdade do exercício de profissão.

Com efeito, nessa decisão, o STF evidencia a necessidade de ponderar e relativizar o peso dos princípios que porventura possam conflitar no caso concreto. Nesta hipótese, o conflito entre os princípios deve ser solucionado com a aplicação do princípio da proporcionalidade sob o seu triplo aspecto (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); da proteção à confiança; da vedação ao retrocesso social; e ao princípio da igualdade. Afinal, se é verdade que não existem direitos fundamentais absolutos, sobretudo em momentos de anormalidade, também não podemos esquecer que toda e qualquer restrição a direitos deve ser justificada, proporcional e adequada aos fins pretendidos, e jamais poderá violar o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito.

Jorge Reis Novais, ao tratar da ponderação de direitos, posiciona-se no sentido de que não há direitos fundamentais absolutos, sendo certo que estes podem sofrer restrições em razão de outros bens ou direitos igualmente dignos de proteção jurídica. A possibilidade de restrição é exatamente o fundamento que propicia a ponderação de direitos, situação «em que têm necessariamente de ser tidos em conta as justificações e os interesses de sentido oposto que apontam para a limitação desses direitos, vão ser necessariamente consideradas as imposições e vinculações objectivas que emergem, no caso, da situação de crise financeira».

Nesse diapasão, Jorge Reis Novais se manifesta pela viabilidade de limitação aos direitos fundamentais de retribuição, pensão e trabalho, desde que o fundamento sejam as dificuldades financeiras do Estado¹⁵⁶.

4.3. Limites à restrição dos direitos sociais

Como todo e qualquer direito, os direitos sociais são passíveis de limitação. Essas restrições podem ser diretamente constitucionais, quando decorrem de previsão expressa da Constituição; indiretamente constitucionais (cláusulas de reserva explícitas¹⁵⁷), quando decorrem de norma infraconstitucional, mas previstas na Constituição; ou restrições não expressamente autorizadas pela Constitucional e que surgem em razão da necessidade de convivência prática das posições constitucionais.

Nesse sentido, adverte José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁸ que «existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é direta ou indiretamente limitado através da lei». Para o jurista, «as leis restritivas de direitos diminuem ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito

¹⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 62. ISBN 978-972-40-5825-2. Não seria assim, como dissemos, se partíssemos da ideia de que os direitos fundamentais tal como estão consagrados na Constituição, são direito absolutos. Definitivos, de aplicação sim ou não, tudo ou nada. Mas há alguém que ainda hoje defenda este tipo de concepção das normas constitucionais de direitos fundamentais? Não seria também assim ou, pelo menos, haveria dificultadas suplementares e, porventura, inextricáveis, se partíssemos de uma outra posição, essa já muito comum entre os constitucionalistas portugueses e que é a que remete para a resposta à seguinte questão: que tipo de bens, de interesses, de valores ou de direitos pode justificar uma compressão ou uma limitação legítima dos direitos fundamentais? Aqui, a generalidade dos constitucionalistas portugueses responde: como os direitos fundamentais são normas constitucionais, então só interesses, bens, valores de nível constitucional podem justificar a restrição de direitos fundamentais. Ora, como as imposições financeiras derivadas da situação de crise não tem esse valor formal de direitos fundamentais e, daí, a posição de fuga defendida pelos críticos. Como temos vindo a defender desde 2003 (cf. NOVAIS, Jorge Reis – **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 602 e segs.), a própria natureza dos direitos fundamentais é incompatível com essa posição. Os direitos fundamentais são garantias jurídicas fortes, são verdadeiros triunfos contra a maioria, mas, por outro lado, só o são e só podem realizar essa sua vocação, se forem simultaneamente concebidos como garantias jurídicas dotadas de uma reserva geral imanente de ponderação, o que significa que, apesar da sua força constitucional, podem ter de ceder quando estejam perante outros bens igualmente dignos de proteção jurídica e que, no caso, apresentem um maior peso. Ora, esse peso é de ordem material, independente de consagração constitucional formal de um determinado bem. Por exemplo, a proteção dos animais não tem, entre nós, consagração constitucional e, no entanto, constitui fundamento legítimo de limitação de direitos fundamentais, como é reconhecido por qualquer Tribunal.

¹⁵⁷ A Constituição brasileira autoriza a intervenção do legislador de duas formas: a chamada reserva legal simples ou simples restrição legal, quando exige apenas que a restrição esteja prevista em lei; e a reserva legal qualificada, quando a Constituição não se limita a exigir que a restrição esteja prevista em lei, estabelecendo, também, condições especiais: os objetivos almejados ou os meios a serem utilizados.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra; Coimbra, 2003, p. 1276. ISBN 978-972-40-2106-5.

de proteção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental».

De acordo com o princípio da Unidade da Constituição, as normas constitucionais possuem o mesmo valor, não existindo hierarquia entre elas. Aliado a essa compreensão de unicidade, as normas constitucionais devem ser analisadas de forma harmônica, levando em consideração o sistema como um todo, para evitar ao máximo choque entre elas. Isso porque os direitos e as garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, ainda que tenham aplicação imediata, não são ilimitados e por vezes podem esbarrar nos demais direitos.

Nesse sentido, adverte Konrad Hesse que o «texto constitucional vincula-se à realidade histórica, ou seja, a eficácia da Constituição está condicionada à contextualização do momento presente, a qual se perfaz tanto pela intenção volitiva da Constituição quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza, que circunscrevem a realidade concreta. »¹⁵⁹.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais, a necessidade de interpretação da constituição como um todo e a possibilidade de aparente conflito entre elas na análise do caso concreto, surge a necessidade de ponderação dos interesses envolvidos em busca da melhor solução para aquela situação específica. Essa técnica para solução de conflitos entre os princípios constitucionais é denominada ponderação de interesses.

Importante lembrar que em momentos de crise, os direitos sociais são os mais atingidos em razão das suas características formais (como já dito, a prestação pelo Estado, depende de pressupostos materiais). Todavia, qualquer medida de austeridade deve levar em conta a ponderação de direitos para buscar medidas que sejam proporcionais. Isso porque medidas excessivamente sacrificantes violam o princípio da vedação ao retrocesso social, criado para assegurar o núcleo essencial necessário a uma vida condigna, pilar do ordenamento jurídico brasileiro e português.

4.3.1. Ponderação de direitos e interesses

Segundo leciona Daniel Sarmento, «a ponderação de interesses consiste no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei maior, o se buscar alcançar

¹⁵⁹ HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: FABRIS, 1991, p. 24. ISBN 857387113x

um ponto ótimo, em que a restrição de cada um dos bens jurídicos da estatura constitucional envolvidos seja a menor possível, na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto. »¹⁶⁰.

O tema da ponderação só ganhou destaque na década de 60, especialmente nos tribunais da Alemanha e dos Estados Unidos, por meio de ilustres juristas como Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy.

Já o Brasil, talvez por apresentar particularidades acentuadas pela carga de positivismo, demorou mais a se interessar pelo tema, apresentando forte apego aos critérios lógico-formais do positivismo jurídico.

Com o advento do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo e as transformações decorrentes do Estado Democrático de Direito, em especial no Brasil, houve o reconhecimento da força normativa à Constituição e os princípios passaram a desempenhar um novo papel no ordenamento jurídico, deixando de desempenhar um papel secundário – quando se recorreria à sua aplicação somente na hipótese de lacuna legal.

A este respeito, Gustavo Santos esclarece sobre a natureza jurídica dos princípios, elucidando que os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito não podem ser compreendidos como se iguais fossem. Entende que os primeiros consubstanciam primados jurídicos-materiais e acentua que «os princípios constitucionais são reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas e não compõem o juízo do aplicador apenas como elemento de composição de «lacunas» do sistema». Para ele, a composição de lacunas era a «função que reservava a Lei de Introdução do Código Civil aos chamados princípios gerais do direito»¹⁶¹:

A partir da constatação de que os critérios clássicos (cronológico, hierárquico e de especialidade) eram insuficientes para a resolução de conflitos normativos, a ponderação de interesses ganha relevo. Afinal, tendo em vista os inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, tornou-se imperioso o uso de uma ferramenta aberta, que, não deslizesse para o puro subjetivismo apesar de o largo espaço para valorações subjetivas pelo magistrado. Esse método de composição dos conflitos entre interesses constitucionais antagônicos é chamado

¹⁶⁰ SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e Proporcionalidade no Direito Brasileiro**. Publicado em eGov UFSC em 07 de maio de 201, p. 3 [Em linha] Consult. 1º jul. 2019].Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>

¹⁶¹ SANTOS, Gustavo Ferreira; CAVALCANTI, Francisco Queiroz – **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 9. [Em linha]. [Consult. 1º fev. 2019]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>>.

de «ponderação de interesses» e justifica-se na necessidade de imprimir um racionalismo objetivo frente à colisão de direitos fundamentais, isso porque cabe ao intérprete estabelecer qual direito, bem ou interesse deve prevalecer em detrimento do outro¹⁶².

No mesmo sentido, Emília Simeão Albino Sako¹⁶³ defende que, ao subdividir o princípio da proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mitiga-se o risco de se imprimir certa subjetividade nas decisões judiciais, vez que cabe ao julgador justificar a aplicação de cada subprincípio.

Nesta seara, configurado aparente conflito entre princípios e normas constitucionais, caberá ao intérprete tentar conciliá-las e harmonizá-las, levando em consideração o todo (interpretação sistemática) e com isso evitar as antinomias e colisões. Ou seja, os dispositivos constitucionais não devem ser interpretados de forma isolada, sem levar em conta o conjunto normativo, único e indissociável.

Para isso, deverá o intérprete delimitar o campo normativo de cada princípio envolvido, pois só assim poderá constatar se efetivamente existe uma colisão entre direitos fundamentais. Assim, à luz das circunstâncias concretas, deve emprestar um peso específico a cada direito fundamental em colisão, sopesar os interesses em disputa e restringi-los, na medida em que essa restrição seja essencial para convivência harmônica entre eles. Com base no princípio da proporcionalidade, decidirá a norma que deverá preponderar naquela hipótese específica.

Robert Alexy¹⁶⁴ ressalta a necessidade de decompor a ponderação em três passos: (a) comprovação do nível do não cumprimento do princípio ou do grau de prejuízo causado ao princípio; (b) comprovação do cumprimento do princípio em sentido contrário; e (c) comprovação de que o passo anterior fundamenta (ou não) o descumprimento do princípio ou o prejuízo a ele causado.

Diferentemente dos princípios, que são mais abstratos e podem ser explícitos ou implícitos, as regras possuem um grau de concretização superior. Assim, presentes os seus pressupostos fáticos, a regra é ou não aplicada ao caso concreto a ela subsumido. Isso porque se duas regras estão em conflito, este deve ser solucionado dentro dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade e uma norma não poderá ser válida. Por outro lado, na hipótese

¹⁶² BARROS, Suzana de Toledo – **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 169.

¹⁶³ SAKO, Emília Simeão Albino; SILVA, Celismara Lima da – A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Solução dos Hard Cases. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 832, p. 52-65, fev. 2005.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert – Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n. 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

de conflito entre princípios, será aplicado o mecanismo da ponderação, prevalecendo aquele que tiver maior peso ou importância diante das circunstâncias concretas.

Ao comentar sobre a relação dos princípios com as normas jurídicas, Norberto Bobbio¹⁶⁵ ensina que os princípios gerais são normas como todas as demais, observando, contudo, que podem ser expressos ou não expressos. Os não expressos são «aqueles que se podem tirar por abstração das normas específicas ou pelo menos não muito gerais», são, em suma, «princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema».

Almiro do Couto e Silva¹⁶⁶ traduz o entendimento de Alexy sobre princípios e regras, sendo os primeiros considerados como comandos de otimização, cujas características peculiares são: o fato de que seu cumprimento pode ocorrer em diversos níveis e de que seu preenchimento está condicionado às possibilidades fáticas, às possibilidades jurídicas, sendo estas compreendidas a partir da harmonização de princípios e regras.

Suzana de Toledo Barros¹⁶⁷ também aborda o tema com muita clareza, ao ressaltar que a antinomia gerada face à constatação de conflito entre regras é diferente da colisão entre princípios. No primeiro caso, a antinomia conduzirá à eliminação de uma das regras do sistema (dimensão da validade), ao passo que, no segundo caso, é possível a coexistência de ambos os princípios (dimensão do peso), ainda que um preceda ao outro.

Importante salientar que os conflitos envolvendo direitos fundamentais não podem ser resolvidos no plano de validade. Isso porque os pesos específicos dos princípios são avaliados caso a caso e, se em determinada situação for atribuído menor peso a determinado direito fundamental, este continuará perfeitamente válido no ordenamento jurídico.

Robert Alexy define, por meio de suas fórmulas, pesos para aplicação do mecanismo de ponderação e, assim, tenta explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Desta forma, as consequências jurídicas dos princípios em colisão são colocadas em uma balança (metáfora do peso), para avaliar

¹⁶⁵ [Em linha]. [Consult. 1º fev. 2019]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico>>.

¹⁶⁶ COUTO E SILVA, Almiro do – O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005, p. 21. [Em linha]. [Consult. 12 fev. 2018]. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>.

¹⁶⁷ BARROS, Suzana de Toledo – **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 154-155.

racionalmente o mais importante naquele caso concreto. Por óbvio, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.

A primeira tarefa da Teoria dos Direitos Fundamentais enquanto disciplina jurídica é uma interpretação dos direitos fundamentais constitucionais. Todavia, as regras de interpretação jurídica se esbarram rapidamente em determinados «limites», devido às colisões de direitos fundamentais. Estas, por sua vez, podem ocorrer de duas formas: uma ampla, entre um princípio de direito fundamental individual e outras normas de interesse coletivo; e outra estrita, apenas entre princípios de direitos fundamentais.

A partir da criação desse método, Robert Alexy pretende a aplicação da máxima da ponderação com uma maior cientificidade, conseguindo, assim, maior racionalidade em sua teoria.

Contudo, não podemos esquecer que o cálculo é baseado em uma metáfora de peso, de acordo com o nível do direito fundamental – leve, médio ou grave –, e, portanto, ainda existe um alto grau de subjetivismo nas atribuições desses pesos. De todo modo, ainda que seja uma teoria essencialmente sensitiva, a metafórica facilita a compreensão do mecanismo da ponderação para avaliar, caso a caso, qual direito fundamental deve prevalecer.

Todavia, dentro da subdivisão das normas em regras e princípios, há quem defenda que não existe um modelo puro dos direitos fundamentais, no qual todas as suas normas são apenas princípios, ou só regras. Nessa linha de entendimento, Suzana de Toledo Barros¹⁶⁸ afirma que na «Constituição Federal brasileira as normas de direitos fundamentais foram consagradas tanto em forma de princípios – a exemplo da liberdade de profissão, da presunção de inocência, da igualdade, dentre outros –, como em formato de regras – a exemplo da obrigatoriedade de relaxamento da prisão ilegal ou a admissão de ação penal privada em caso de omissão do Ministério Público no prazo legal».

Para Robert Alexy¹⁶⁹, «os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger». E é justamente o caráter principiológico dessas normas constitucionais que torna a aplicação do princípio da proporcionalidade essencial para solução de conflitos entre elas.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 155.

¹⁶⁹ SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e Proporcionalidade no Direito Brasileiro**. Publicado em eGov UFSC em 07 de maio de 2011, p. 7 [Em linha] Consult. 1º jul. 2019].Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>

4.3.2. Princípio da Proporcionalidade

Conforme salienta Robert Alexy¹⁷⁰, tendo em vista que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios, eventual conflito entre eles deve ser solucionado por meio do princípio da proporcionalidade, o qual, por sua vez, subdivide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Enaltece o autor que nem o princípio, nem o direito fundamental são valores absolutos, logo, diante de uma possível colisão jurídica, evidencia-se uma «necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um princípio da proporcionalidade para que se possa respeitar as normas».

Daniel Sarmiento¹⁷¹ explica:

“O princípio da proporcionalidade mostra-se uma ferramenta de suma importância para proteção dos valores constitucionais, sobretudo daqueles não positivados no texto constitucional, em razão, principalmente, da fluidez e imprecisão de que se revestem os princípios a qual enquadra-se a proporcionalidade, permitindo destacar, dentre as suas múltiplas funções, a de atuar como pauta procedimental e ponderações de interesses”.

Apesar de ser muito antigo, foi depois da Segunda Guerra Mundial que o princípio da proporcionalidade passou a ser aplicado no Direito Constitucional, inicialmente pelos alemães, após o advento da Lei Fundamental de Bonn.

O princípio da proporcionalidade ganhou destaque na Jurisprudência Alemã e foi elevado ao patamar constitucional, sobretudo para evitar abusos perpetrados pelo legislador nazista. A experiência vivenciada durante o período nazista desencadeou grande preocupação com a salvaguarda de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade passou a ser utilizado como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.

Adiante, a realidade alemã quanto à consagração do princípio da proporcionalidade como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, ocorreu, de certa forma, em toda a Europa, a partir da necessidade de superar experiências totalitárias traumáticas.

¹⁷⁰ Epílogo a La Teoría de Los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, **Revista Española de Derecho Constitucional**, Ano 22, nº. 66, set./dez. 2002, p. 26.

¹⁷¹ SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e Proporcionalidade no Direito Brasileiro**. Publicado em eGov UFSC em 07 de maio de 201, p. 7 e 8 [Em linha] Consult. 1º jul. 2019].Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>

A partir de então, o princípio da proporcionalidade passou a ser acolhido em sede constitucional por outros países como Itália, Portugal, Espanha, Suíça e Áustria, dentre outros.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade demorou a ser invocado expressamente, mas, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já existiam diversos julgados do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o referido primado. Dentre outros, o Recurso Extraordinário (RE) n.º 18.331, de 21/09/1951¹⁷², do relator Ministro Orozimbo Nonato e a Representação n.º 930-DF, de 05/05/1976¹⁷³, de relatoria do Ministro Rodrigues Alckmin.

Sem embargo, o STF só veio a reconhecer o princípio da proporcionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.º 855-2, de 1.06.1993¹⁷⁴, onde se discutia a constitucionalidade da Lei do Estado do Paraná, que determinava a «pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com o pagamento imediato da eventual diferença a menor». Na própria ementa se declarou que a arguição de inconstitucionalidade se fundava, dentre outros preceitos jurídicos, na violação ao princípio da proporcionalidade¹⁷⁵.

O princípio da proporcionalidade é, portanto, aplicado na ponderação de interesses para identificar qual princípio deverá preponderar naquela situação concreta. Neste passo, ensina Robert Alexy¹⁷⁶ que os direitos fundamentais, quando expressos em princípios, representam mandamentos de otimização, ou seja, revestem-se de «normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível».

O princípio da proporcionalidade é subdividido em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁷² [Em linha] [Consult. 20 fev. 2018] Disponível em: <file:///C:/Users/gdantas/OneDrive%20-%20Firjan/Downloads/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf---o-seculo-xx.pdf>, p. 11

¹⁷³ [Em linha] [Consult. 20 fev. 2018] Disponível em: <file:///C:/Users/gdantas/OneDrive%20-%20Firjan/Downloads/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf---o-seculo-xx.pdf>, p. 26

¹⁷⁴ Em linha] [Consult. 20 fev. 2018] Disponível em: <file:///C:/Users/gdantas/OneDrive%20-%20Firjan/Downloads/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf---o-seculo-xx.pdf>, p. 56

¹⁷⁵ Colaciona-se a ementa do julgado: «Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com o pagamento imediato da eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, §2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argumentação que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade. Liminar deferida». [Em linha] [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14707484/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-855-pr>

¹⁷⁶ ALEXY, Robert – Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, n.º 24, out./dez. 2005, p. 339.

O subprincípio da adequação trata da relação de causalidade entre o ato adotado pelo Estado e a finalidade pretendida.

Na visão de Suzana de Toledo Barros¹⁷⁷, tal subprincípio diz respeito à «congruência na relação meio-fim, restringindo-se o subprincípio da adequação à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?»

Como assentado, mais uma vez, por Suzana de Toledo Barros¹⁷⁸, para fins de limitação aos direitos fundamentais, «a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional».

Por sua vez, o subprincípio da necessidade impõe a escolha do meio menos sacrificante possível para atingir determinado objetivo, estando intimamente relacionado à avaliação da relação custo-benefício da norma. Ou seja, a medida só se justifica se for imprescindível para a manutenção de outro direito fundamental e desde que não exista outro meio menos gravosa e igualmente eficaz.

Como bem anotou o professor Daniel Sarmento¹⁷⁹, «se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por aquela que afete com menor intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral, recaindo, assim, na ideia de que se deve perseguir, na promoção dos interesses coletivos, a menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do cidadão».

Para Emília Simeão Albino Sako¹⁸⁰, «a proporcionalidade em sentido estrito traduz a ponderação que deve haver entre o gravame imposto e o benefício trazido». Discorre a autora que uma vez atendidos os pressupostos da necessidade e da adequação, o próximo passo é averiguar a proporcionalidade entre o resultado a ser alcançado e o ônus a ser suportado, buscando-se sempre a conciliação entre os interesses individuais e os coletivos. Trata-se, em essência, de se assegurar que os fins justificam os meios a serem empregados, de modo que não sendo verdadeira esta máxima, não subsistem razões para a restrição de algum direito fundamental.

¹⁷⁷ SILVEIRA, Vinicius Loureiro da Mota. **Ponderação e Proporcionalidade no Direito Brasileiro**. Publicado em eGov UFSC em 07 de maio de 201, p. 10 [Em linha] Consult. 1º jul. 2019].Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/pondera%C3%A7%C3%A3o-e-proporcionalidade-no-direito-brasileiro>

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel – **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 88.

¹⁸⁰ SAKO, Emília Simeão Albino; SILVA, Celismara Lima da – A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Solução dos Hard Cases. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 832, fev. 2005, p. 62.

Neste vetor, o princípio da proporcionalidade, em suas três fases – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, e a ponderação pressupõem-se reciprocamente, sendo duas faces de uma mesma moeda.

Conforme será demonstrado, por não existir previsão expressa na Constituição Portuguesa, as decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre a constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Governo e que restringem direitos sociais, são calcadas em princípios constitucionais e, entre eles, o princípio da proporcionalidade. Em todas elas, o Tribunal analisa o caso concreto e, por meio do mecanismo de ponderação de interesses, avalia a constitucionalidade das medidas que restringem direitos sociais no intuito de combater a grave crise econômico-financeira que à época assolava o país. Nessa mesma linha, também serão exploradas decisões da Suprema Corte brasileira sobre a matéria.

4.3.3. Princípio de Vedação ao Retrocesso Social

Como as Constituições Portuguesa e Brasileira não regulam a hipótese de Estado de Exceção em momentos de crise econômico-financeira, os Tribunais Constitucionais assumem o papel fundamental de resguardar direitos sociais e fundamentais. Isso porque, por vezes, medidas anticrise atingem direitos sociais e cabe aos Tribunais decidir mediante a ponderação de interesses, levando-se em conta o núcleo essencial dos direitos, o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social e o Princípio da Segurança.

Conforme demonstrado, os direitos fundamentais são direitos que foram adquiridos ao longo dos anos, ganhando destaque a cada nova etapa. A cada nova geração surgiram inéditas previsões de direitos fundamentais, complementando os já existentes e os direitos anteriormente firmados reafirmavam-se no âmbito jurídico.

Ocorre que, durante a década de 90, diversos direitos sociais passaram a sofrer «ataques» por meio da edição de emendas constitucionais e medidas provisórias, colocando em risco os direitos sociais que haviam sido adquiridos ao longo do tempo (2ª e 3ª geração).

Diante desse cenário, surge o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social na obra de Konrad Hesse¹⁸¹, onde ele desenvolve a «teoria da irreversibilidade», segundo a qual o Estado ficaria vinculado à cláusula do Estado Social previsto na Constituição alemã «relativas à interpretação da legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo».

¹⁸¹ HESSE, Konrad – **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

O princípio do não retrocesso tem o intuito de assegurar a concretização dos direitos sociais e de blindar as conquistas sociais de possíveis emendas constitucionais.

Nas palavras de Canotilho¹⁸², uma vez concretizados, os direitos sociais e econômicos passam a se revestir da qualidade de garantia constitucional e de direito subjetivo. Diante disso, o princípio do retrocesso social figura como proteção a tais direitos, limitando sua reversibilidade, vez que se tornaram direitos adquiridos. O primado em análise ampara-se nos princípios da confiança e da segurança jurídica, bem como na necessidade de se proteger o núcleo mínimo dos direitos sociais, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não obstante o jurista reconheça que a vedação ao retrocesso social não possui o poder de reverter no mundo dos fatos as crises econômico-financeiras, sustenta que possui força necessária para limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos nos âmbitos econômico, social e cultural. Em termos práticos, isso significa que as prestações assistenciais já garantidas pelo Estado não podem ser simplesmente retiradas ou desconsideradas pelo legislador sem que sejam apresentadas alternativas ou mesmo compensações. Como exemplo, Canotilho cita o subsídio desemprego assegurado legalmente enquanto dimensão do direito ao trabalho, não podendo o legislador eliminar este direito, sob pena de violar o núcleo essencial em tutela.

Para Felipe Derbli¹⁸³, «a particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade», que se traduz na limitação imposta ao legislador quanto à eventual intenção de se eliminar por completo um direito de cunho social. Contudo, o autor assevera que o princípio também apresenta, ainda que em menor escala, um caráter positivo, na medida em que exige do legislador o compromisso de se insistir no avanço social, ampliando, «progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui».

Embora não haja previsão legal, existe consenso na doutrina no sentido de que a vedação ao retrocesso diz respeito à impossibilidade de o legislador suprimir do ordenamento jurídico, de forma arbitrária, algum direito social que já esteja constitucionalmente garantido. Assim, qualquer medida que vise aniquilar esse núcleo essencial sem a criação de formas alternativas ou de compensação, deve ser considerado inconstitucional.

¹⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 11ª reimp. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 338-339.

¹⁸³ DERBLI, Felipe – **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.

Portanto, essa teoria pressupõe que ao dever positivo do Estado existe uma imposição de abstenção, ou seja, a de não adotar medidas que revoguem ou flexibilizem de forma desarrazoada os avanços alcançados. Este é o sentido consubstanciado nos Acórdãos n.º 39/84 e n.º 509/02 da Corte Constitucional Portuguesa, a qual se posiciona no sentido de que a tarefa imposta constitucionalmente ao Estado para concretização de um direito social, uma vez cumprida, reveste-se de obrigação positiva, pois tal direito passa a ter uma proteção direta da Constituição. Nesse caso, «o Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de deve». Por outro lado, também passa a existir nesse momento uma obrigação negativa, pois o Estado «passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social».

Segundo Ingo Sarlet¹⁸⁴, o princípio constitucional do não retrocesso está implícito na Constituição Federal Brasileira de 1988, e decorre do princípio do Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang – O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. [Em linha]. [Consult. 22 jan. 2018]. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/principio-constitucional-do-nao-retrocesso-06082015>>. Neste mesmo artigo, o jurista cita os princípios relacionados ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social: a) O princípio do Estado democrático e social do Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b) O princípio da dignidade humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange, também, a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida; d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no art. 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito; e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) com exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas; f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo; g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança, entre outros. Em razão disso, o jurista defende a vinculação do legislador ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais assegurados pela Constituição.

Em outras palavras, tendo em vista a supremacia da Constituição, quando algum direito social constitucional é regulamentado, o legislador não poderá criar medida que vise a derrogação ou a ab-rogação de um dessa norma regulamentadora e tampouco será permitido limitar sua eficácia de forma arbitrária. Tal atitude configura retrocesso social, viola a segurança jurídica e, portanto, será inconstitucional.

Também oportuno ressaltar a íntima relação do princípio da vedação ao retrocesso social com o princípio da justiça social, segundo o qual os órgãos estatais devem adotar conduta pautada na Justiça Social, inclusive ao editar leis.

Conforme bem destacado por Carla Garcia¹⁸⁵, na doutrina brasileira formaram-se três correntes a respeito desse princípio: « (a) os direitos sociais podem ser abolidos por não serem cláusulas pétreas; (b) todos os direitos sociais são cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser suprimidos; (c) os direitos sociais de titularidade individuais (exemplos, art. 7.º, art. 205.º) são cláusulas pétreas, mas se diferem dos direitos sociais coletivos (art. 8º, por exemplo) e estes último podem ser eliminados».

Apensar de não entendimento pacíficos obre o tema na doutrina e na Jurisprudência, a corrente até então majoritária é a terceira. Veja-se: no Agravo de Recurso Extraordinário 639337 (DJe-177, publicado em 15/09/2011), cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, sentenciou-se a proibição do retrocesso social por constituir obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento dos direitos prestacionais por parte do Estado. No entendimento do Ministro, a cláusula que veda o retrocesso «traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado». Passa-se a impor ao Estado, em decorrência do primado da vedação ao retrocesso social, o dever de efetivar e preservar os direitos sociais já concretizados, bem como, de se abster de frustrá-los.

O Supremo Tribunal Federal, em 2000, pronunciou-se pela primeira vez a respeito do tema por meio do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Acórdão prolatado na ADIn

¹⁸⁵ [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <https://juridocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>

2065-0/DF¹⁸⁶, o qual questionou a Medida Provisória n.º 1.911-8, «ao revogar dispositivos que dispõem de uma maneira geral sobre o caráter democrático da gestão da Seguridade Social, acaba regulamentando dispositivo constitucional alterado pela Emenda Constitucional n. 20», ofendendo os artigos 56.º da ADCT e 194.º, VII, da Constituição Federal. » Ao proferir seu voto, o Ministro reconheceu a vedação ao retrocesso social: «o mesmo cabe dizer em tese, *mutatis mutandis*, da viabilidade da arguição posta nesta ação, direta, malgrado aqui que a lei cuja «revogação pura e simples» se tacha de inconstitucional, por violar o referido art. 194, VII, CF, seja posterior à Lei Fundamental vigente».

Também convém lembrar a decisão proferida na ADIn n.º 3.105-8-DF, de 2005¹⁸⁷, que trata da inconstitucionalidade do artigo 4.º da Emenda Constitucional n.º 41/03¹⁸⁸. Tal dispositivo gerou questionamentos quanto à aplicação da nova regra aos servidores públicos aposentados e os que preenchiam as exigências de aposentação antes da vigência da nova norma constitucional. De acordo com a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, autora da ADIn, os aposentados teriam observado as regras do sistema previdenciário até então estabelecido pela Constituição e o direito de não mais pagarem contribuição previdenciária já teriam incorporado ao seu patrimônio jurídico nos termos do entendimento firmado nesta Corte (Enunciado n.º 359 da Súmula do STF, alterado após o julgamento do RE n.º 72.509 ED-EDv, DJ 30/03/1973). Nessa linha de raciocínio, os servidores aposentados até 19/12/2003, bem como os que detinham as condições para sê-lo, possuíam o direito de não pagar contribuição previdenciária e a nova obrigação imposta pelo dispositivo impugnado criaria uma situação jurídica mais gravosa ao seu titular, violando a garantia individual do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, prevista no artigo 5º, XXXVI da CF e a cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, IV da Carta Magna,

¹⁸⁶ [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14755828/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2065-df>

¹⁸⁷ [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/141_ADI_3105.pdf>.

¹⁸⁸ O artigo 4º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19/12/2003, que possui o seguinte teor: «Art. 4º - Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, 1, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.»

segundo a qual «não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais».

O ministro Celso de Mello votou pela inconstitucionalidade da medida, por entender que consistia em verdadeiro retrocesso social. O ministro consignou que, na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, «verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.»¹⁸⁹.

Em 2006, o Ministro Celso de Mello também aplicou o Princípio da Vedação ao Retrocesso ao proferir voto no MS nº 24.875-1-DF, posicionando-se no sentido de que esse primado reflete-se na dimensão negativa dos direitos sociais de dimensão prestacional, visto que estes, uma vez alcançado certo grau de concretização, não podem vir a ser reduzidos ou suprimidos, pois passam a consubstanciar, ao mesmo tempo, uma garantia constitucional e um direito subjetivo. Nesse contexto, entendeu o Ministro que «a proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos». Assim, neste julgado, foi enaltecida a tese de que a liberdade de conformação do legislador tem como limite a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental já realizado, de modo que a anulação ou revogação desse núcleo viola a proibição do retrocesso social.

No ano de 2007, por meio da ADIn 3104/DF¹⁹⁰, o voto proferido pelo Ministro Carlos Britto destacava o princípio da vedação ao retrocesso social. No julgado, o Ministro esclarece que a finalidade de se declarar o caráter pétreo de uma regra constitucional é justamente a de se impedir o retrocesso social. Ressalta, ainda, que «a nova Constituição traz uma conquista política social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido».

Como dito, este Princípio não tem previsão constitucional, pelo menos não no texto constitucional propriamente dito. Porém, o princípio está implícito e se extrai da interpretação

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Congresso Nacional. Relatora original: Ministra Ellen Gracie. Relator para Acórdão: Cezar Peluso. Brasília, 18 de agosto de 2004. [Em linha]. [Consult. 22 nov. 2013]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

¹⁹⁰ [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19152979/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3104-df-stf>

de dispositivos constitucionais e de princípios constitucionais, tais quais, Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança, entre outros.

Há que se ressaltar, também, que a concepção desse princípio está diretamente ligada a do Constitucionalismo Dirigente, que estabelece tarefas, ações, a serem realizadas no futuro pelo Estado para a sociedade, tendo como objetivo dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades. Devido a isso, as decisões judiciais, assim como as legislações posteriores, não podem abandonar os avanços conquistados ao longo dos anos, pois se tem metas a cumprir estabelecidas a partir daqueles direitos adquiridos posteriormente.

Entretanto, assim como todo princípio, este não é absoluto, ou seja, em certas hipóteses é possível que este seja diminuído em detrimento de outra coisa. É o caso da Reserva do Possível¹⁹¹, onde, para a concretização dos direitos pelo Estado, tem-se uma relação direta com a dimensão econômica, isto é, para a garantia dos direitos sociais, faz-se necessário dinheiro que, em regra, já está em «reserva» desde o início de cada ano para poder investir naquela garantia.

Com isso, verifica-se que, apesar de ser uma garantia social, o fato de estar atrelado ao orçamento do Estado e depender de uma previsão econômica para investir em sua concretização – reserva do possível – por vezes os direitos sociais ficam prejudicados.

O que se pode observar pela jurisprudência¹⁹², onde se fundamenta a decisão com base no princípio do não retrocesso, é de que na maioria dos casos o Poder Público deixa de prestar

¹⁹¹ Gilmar Mendes dispõe sobre o princípio da reserva financeiramente possível: embora operante no universo dos direitos sociais, em geral, como no âmbito da previdência social, em particular, o princípio da reserva financeiramente possível tem especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais – nisso particularmente influenciadas pelas ideias de constituição dirigente e de Estado provedor – atribuíram, sobretudo, ao Poder Público, o encargo de custear a satisfação dessas necessidades consideradas inerentes a uma vida digna. Daí a similitude dos arts. 196 e 205 da nossa Constituição, a proclamarem que tanto a saúde quanto a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas ou meramente pragmáticas cuja concretização fica a depender das forças do Erário, como diziam os clássicos das finanças públicas. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1367.

¹⁹² Recurso extraordinário com agravo (Lei n.º 12.322/2010) – manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – dever estatal resultante de norma constitucional – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das

um serviço tido como direito fundamental social, previsto constitucionalmente e inerente à dignidade humana. Com isso, o poder judiciário obriga o Poder Executivo e/ou Legislativo a agir da maneira a garantir esse direito, sob a alegação de que deixar de executar esse direito seria um retrocesso social.

Há, também, decisões onde, com fundamentação nesse princípio, o Judiciário defende a inconstitucionalidade da lei por ferir direitos adquiridos. Assim, uma vez adquirido o direito por aquela pessoa, ele não pode ser retirado por lei posterior, ou seja, há uma vedação à retroatividade das leis em prejuízo das situações jurídicas consolidadas e preexistentes à edição e vigência do ato legislativo. Já há, inclusive, súmula editada pelo STF, nº 473, que trata sobre o direito adquirido e a impossibilidade, de uma vez conquistado, não poder ser retirado.

Entretanto, há que se ressaltar que, nem todo direito criado por lei terá característica de direito adquirido, ou seja, que não pode ser retirado do indivíduo posteriormente por meio de leis; no caso não serão classificados como adquiridos aqueles direitos os quais são provenientes de leis declaradas inconstitucionais, ou então que venham a ferir algum princípio ou direito fundamental.

Com previsão constitucional, no art. 5.º, XXXVI, o direito adquirido pode ser definido como aquele direito que uma vez adquirido por uma pessoa não pode ser prejudicado por novas leis. O direito adquirido também tem previsão na lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6.º, § 2º, onde se deixa evidente que a lei terá efeito imediato e geral, devendo respeitar-se o direito adquirido.

Portanto, conforme assevera Celso Bastos¹⁹³, o direito adquirido «atua como um recurso da Constituição para limitar a retroatividade das leis, que passam por constantes modificações». Afinal, se de um lado, as leis devem ser alteradas e atualizadas de forma a acompanhar o dinamismo da sociedade, de outra é necessário resguardar situações já

limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais, e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RJT 174/687 – RJT 175/1212-1213 – RJT 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – recurso de agravo improvido. (ARE 745745 AGR, relator(a): Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 02/12/2014, processo eletrônico dje-250 divulgado em 18/12/2014 publicado em 19/12/2014)”.

¹⁹³ [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>>.

consolidadas no tempo e que geraram legítimas expectativas individuais, sob pena de violar os princípios da segurança jurídica e o da confiança.

Ademais, as garantias sociais nada mais são do que direitos adquiridos, porém as garantias sociais são adquiridas por meio da constituição, não podendo ser revogadas ou limitadas mediante lei. Ou seja, ao se criar um direito por meio de lei, ganhando o *status* de direito adquirido, ele terá limitação nas garantias sociais já previstas constitucionalmente, não podendo diminuí-las ou desrespeitá-las, violando-as.

Assim sendo, ambos guardam a semelhança do retrocesso, ou seja, uma vez conquistado não se pode retirar. No entanto, os direitos adquiridos por lei estão subordinados às garantias sociais constitucionais (direitos adquiridos constitucionalmente) e, caso não as respeitem, não são consideradas direitos adquiridos, podendo ser revogados e declarados inconstitucionais, haja vista que o direito que tenha por base lei declarada inconstitucional, não gera direito adquirido.

A jurisprudência majoritária acerca desse tema é no sentido de dizer que tal caso em concreto não geraria direito adquirido. O Tribunal Federal Regional da 2ª Região¹⁹⁴ asseverou que a irredutibilidade de vencimentos somente pode ser considerada uma garantia constitucional quando tais vencimentos tiverem amparo legal. Caso a vantagem pessoal remuneratória tenha sido concedida ou mantida ao alvedrio da lei, entendeu o Tribunal que não há o que se falar em direito adquirido. Na ocasião, portanto, manteve-se a compreensão de que se deveria suprimir vantagem remuneratória ilegal.

Assim, preceitua José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹⁵ que o problema da retroatividade da lei deve considerar, em sua dimensão, não somente as regras constitucionais como também os princípios constitucionais, tendo em vista a possibilidade de uma lei, ao retroagir, ferir um princípio denso. Estar-se-á, dessa forma, impedindo que se considere a eficácia da normatividade constitucional somente quando aplicável ao caso concreto uma regra e que, por via inversa, se desconsidere a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais. Também estar-se-ia evitando, consoante os ensinamentos de Canotilho, uma eventual retórica argumentativa quanto ao caráter abstrato de alguns princípios ou à ausência de densidade

¹⁹⁴ TRF-2 – AC: 200251010167062 RJ 2002.51.01.016706-2, Relator: Desembargador Federal Guilherme Couto. Data de Julgamento: 14/10/2009. Sexta Turma Especializada. Data de Publicação: DJU 22/10/2009, p. 220.

¹⁹⁵ SOUZA, Mariana de – **O princípio da confiança do Direito Constitucional e sua aplicação nos municípios.** [Em linha]. [Consult. 20 fev. 2018]. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1531>>.

normativa, em que pese citar como exemplo os princípios de *non venire contra factum proprium*, da vinculação temporal do direito, da garantia de direitos adquiridos, dentre outros. Para o autor, «uma argumentação ancorada exclusivamente em princípios desse gênero reconduzir-se-á a um infrutífero esquema tautológico (ex. deve ser protegida a confiança do cidadão digna de ser protegida, devem proteger-se os direitos adquiridos por serem direitos adquiridos)».

Destarte, o princípio do não retrocesso e o direito adquirido tratam de não retroceder e, portanto, guardam grande relação um para com o outro. Contudo, o direito social, ao ser adquirido, não pode ser violado ou diminuído de forma arbitrária, devendo ser respeitado e cumprido pelo Estado – em sua maioria, os direitos sociais envolvem ação positiva e negativa do Estado.

Portanto, o princípio da vedação ao retrocesso social corrobora a tese no sentido de que, apesar de ser um direito não determinado ou determinável, qualquer medida que vise restringir ou revogar direitos sociais está sujeita ao controle de constitucionalidade, cabendo ao Tribunal Constitucional avaliar o caso concreto por meio da ponderação de direitos e interesses.

4.3.4. Princípio da Proteção à Confiança

A confiança é estudada em diversos ramos do conhecimento. Na economia, por exemplo, ela é considerada elemento básico da Nova Economia Institucional, um dos ramos mais modernos da doutrina econômica, segundo a qual o desenvolvimento econômico de uma sociedade é ditado pela prática de suas instituições. São estas essenciais para orientar as relações entre os indivíduos e reduzir a insegurança estratégica.

No âmbito do Direito, pode-se dizer que a confiança é um valor jurídico que o ordenamento jurídico busca preservar. Porém, como apontado por Manuel Frada¹⁹⁶, existe certa dificuldade de delimitar o conceito de confiança, para efeitos jurídicos «não existe definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam-se referências normativas explícitas a propósito» e, diante de algumas tentativas de conceituação, o que se verifica são expressões plurais ou vagas, que não permitem aferir, com segurança, uma concepção do termo confiança na seara do Direito.

¹⁹⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da – **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17.

Jesus González Pérez, ao explicar sobre confiança nas relações com a Administração Pública, centra-se na percepção de respeito, expondo que se deve esperar uma atuação, nas relações jurídico-privadas, fundada no respeito da Administração Pública em seu âmbito interno e na relação com os administrados, bem como, na via inversa, o respeito dos administrados no trato com a Administração Pública.

Esse valor – confiança – deve ser salvaguardado e todo e qualquer tipo de relação. Conforme será demonstrado a seguir, diversos princípios estão vinculados a essa proteção da confiança, a exemplo da segurança jurídica, do Estado de Direito, da boa-fé, da moralidade, da legalidade, dentre outros. Nesse diapasão, Pais de Vasconcelos¹⁹⁷ destaca a importância de se tutelar juridicamente a confiança depositada pelas pessoas no momento em que, por exemplo, celebra negócios. Esta confiança não pode ser desconsiderada pelo Direito, tendo em vista a credibilidade depositada na atitude ou mesmo nas circunstâncias que se apresentaram diante de determinada situação.

Presente em diversas áreas do Direito, especialmente no Direito Consumerista, no Direito Tributário e no Direito Administrativo, o Princípio da Confiança representa uma face do princípio da segurança jurídica e este, por sua vez, decorre do Estado de Direito. Por conseguinte, tal princípio exerce influência em todas as atividades estatais, inclusive em sua atividade legislativa, como no caso da irretroatividade das leis; obediência, na formulação de leis, aos atos jurídicos perfeitos, à coisa julgada e ao direito adquirido; a necessidade de previsão de regras transitórias em casos de alterações significativas de situações jurídicas; a proibição de retrocesso, dentre outros.

Arnaldo Rizzaro¹⁹⁸, ao discorrer sobre o tema, explica que as relações sociais são reguladas pela ciência do Direito e, para que isso ocorra devida e efetivamente, é preciso se tomar como base a confiança legítima das pessoas, a regularidade do direito de cada um e a boa-fé (garantidora dos compromissos assumidos).

Segundo Judith Martins-Costa,¹⁹⁹ «parece inequívoco que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidúcia mútua, no plano institucional». E, ao tratar do

¹⁹⁷ PINTO, Paulo Mota – Proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise». In: **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios críticos**. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (orgs.). Coimbra: Almedina, 2014, p. 174.

¹⁹⁸ RIZZARO, Arnaldo – Teoria da Aparência. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Porto Alegre, v. 24, 1982, p. 222.

¹⁹⁹ MARTINS COSTA, Judith – A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002. p. 96-97.

tema, ressalta a íntima relação entre o princípio da confiança fundamentalmente com (a) a proteção das expectativas; atuando, ainda, (b) como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos. No primeiro aspecto da confiança, como proteção das legítimas expectativas, a autora cita Sylvia Calmes, para quem a proteção da confiança indica que «o indivíduo deve poder evoluir num meio jurídico estável e previsível, relativamente ao qual ele deve poder dirigir sua confiança». Demonstra que essa confiança é uma confiança adjetivada, a confiança legítima, também chamada expectativa legítima. Tal qualificativo, legítima, apostado à ideia de confiança ou de expectativa, confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas.

E explica ainda a autora que o termo «legítima» aplica-se a todo ato, conduta, palavra ou comportamento ou omissão relativamente as quais o sujeito é considerado como estando «em bom direito», cabendo aos juízes determinar o que é ou não conforme ao «bom direito», segundo os elementos circunstanciais e contextuais. Assim, por exemplo, declarações pré-contratuais; eventuais peças publicitárias; a destinação do bem; os usos habituais, as informações acaso prestadas; contratos anteriores ou posteriores, ou quaisquer tipos de atos ou de atividades que confirmem o sentido conferido a declarações, pactuações ou a expressões em contextos anteriores ou circundantes etc.

O segundo aspecto da confiança, como fundamento e como fonte, representa no dizer de Judith Martins-Costa, a atribuição, às declarações negociais, de um valor autônomo, desligado da vontade como ato psicológico. Assim, o declaratório pode retirar da declaração seu conteúdo, conforme os usos e as circunstâncias do caso, e segundo padrões de razoabilidade. Quanto à eficácia, vinculada ao primeiro aspecto, a expressão princípio da confiança indica: (a) o limite ao exercício de direito e poderes formativos (dimensão negativa) quando violadores de uma confiança legitimamente suscitada; e/ou (b) a fonte produtora de deveres jurídicos (dimensão positiva), tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no alter, pela própria conduta.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰⁰, o princípio da segurança jurídica «não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo». E complementa defendendo que seria tal primado talvez o mais importante dentre os princípios gerais jurídicos, considerando que é função do

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 118.

Direito assegurar um «mínimo de certeza na regência da vida social», o que se perfaz a partir de uma estabilidade do arcabouço normativo, com base no qual as pessoas podem balizar suas condutas já conhecendo, de antemão, as consequências decorrentes.

Como já salientado por Judith Martins-Costa, o Supremo Tribunal Federal brasileiro aborda a segurança jurídica sob diversas perspectivas, senão vejamos: (a) pelo viés positivo a segurança jurídica está no fundamento da decadência; da prescrição; da preclusão; da coisa julgada; do direito adquirido; do ato jurídico perfeito; da irretroatividade de lei mais gravosa; (b) pelo viés negativo a segurança jurídica não é afrontada para concessão de benefícios a pessoas ou categorias especiais. Nada impede que, resguardado o princípio da legalidade, o ato administrativo ou nova lei dê nova conformação a situações jurídicas. Independente da perspectiva, o valor a ser protegido é a permanência ou imutabilidade, tendo em vista a confiança depositada pelas pessoas na ordem jurídica, considerada como regra do jogo de antemão traçada e que deve ser respeitada. A permanência constitui, nesse sentido, uma das projeções da confiança legítima, resguardando o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público. José Joaquim Gomes Canotilho²⁰¹ ressalta que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança podem ser considerados como basilares e primários do Estado de Direito, sendo a proteção da confiança a vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica. A subjetividade justifica-se pelo fato de que as pessoas precisam confiar nos atos e procedimentos do Estado. Acrescenta, ainda, que o primado da segurança jurídica possui, também, uma face objetiva, relacionada aos limites impostos à retroatividade dos atos administrativos lato senso, em que pese destacar os legislativos.

José Joaquim Gomes Canotilho²⁰² explica, de forma didática, que a correlação entre os princípios em comento é tão intrínseca que muitos autores defendem ser a proteção da confiança um subprincípio do primado da segurança jurídica, sendo a primeira de caráter subjetivo e o segundo, de cunho objetivo – voltado para a garantia da estabilidade jurídica, conforme retromencionado.

De acordo com o jurista, ambos os princípios, cuja observância é exigida de todos os poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judicial), têm como pressuposto elementar a «fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder», face à necessidade de

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

²⁰² *Ibidem*, p. 256.

se assegurar aos jurisdicionados segurança na vida social e nos efeitos jurídicos – consequências – decorrentes de suas condutas.

Atendo-se ao princípio da segurança jurídica, José Joaquim Gomes Canotilho²⁰³ ressalta que tal primado, em seu mais amplo sentido, contempla o princípio da proteção da confiança, visto que ao indivíduo deve ser assegurada a confiança de seus atos ou os compromissos governamentais, quando realizados sob o fundamento de normas jurídicas vigentes, devendo produzir os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

A explicação de Pérez Luño²⁰⁴ aclara a ideia de objetividade e subjetividade também elucidada por José Joaquim Gomes Canotilho. Sustenta que segurança é uma ideia objetiva, qualidade ou estado de carência de risco, enquanto certeza é a forma subjetiva de conhecimento dos direitos individuais. As leis nos dão segurança objetiva. Quando contratamos ou transacionamos com base na lei, se o contrato ou o negócio funciona, a lei cumpriu sua missão; se as partes se desentendem, o contrato não funcionou, e, em consequência, aquela segurança inicial torna-se uma incerteza subjetiva para as partes. Ambas afirmam que têm direitos, que a razão está com cada uma; vão à Justiça e a coisa julgada, determinando o certo, liquida a questão e restaura a segurança da lei e a certeza dos direitos individuais.

Almiro do Couto e Silva²⁰⁵ sintetiza que a incidência do princípio da proteção à confiança no aspecto subjetivo da segurança jurídica se dá de duas principais formas: (a) impondo limites ao Estado em relação às prerrogativas de alteração de condutas ou modificação de atos que gerem efeitos favoráveis aos seus destinatários, ainda quando viciados; (b) determinando consequências patrimoniais pelas alterações, quando existente crença gerada nos beneficiários de que os atos eram legítimos, e, portanto, seriam mantidos.

Conforme ressalta Rafael Maffini²⁰⁶, a proteção da confiança é um primado decorrente de dois outros princípios: de forma imediata, do princípio da segurança jurídica; e, de forma mediata, do princípio do Estado de Direito. No primeiro caso, esclarece o autor que a proteção da confiança traduz o aspecto subjetivo da segurança jurídica, no sentido da fiabilidade

²⁰³ *Ibidem*, p. 256.

²⁰⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus – **El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2004, p. 37.

²⁰⁵ COUTO E SILVA, Almiro do – O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005, p. 46. [Em linha]. [Consult. 10 fev. 2018]. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>.

²⁰⁶ MAFFINI, Rafael – **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 49.

depositada pelos cidadãos acerca da atuação do Estado. No que diz respeito à dedução mediata, Rafael Maffini acredita que a proteção da confiança, quando relacionada ao princípio de Estado de Direito, tem como escopo «a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos».

No Brasil²⁰⁷, vale mencionar alguns julgados que abordam de forma clara a noção de proteção à confiança. O primeiro caso diz respeito ao Mandado de Segurança n.º 24.268/MG²⁰⁸, impetrado por uma pensionista contra o ato do Tribunal de Contas da União que cancelou, de forma unilateral e sumária, o pagamento de sua pensão especial, concedida 18 anos antes. A pensionista tinha sido adotada por seu bisavô em 30/07/1984, tendo o mesmo falecido em 07/08/1984, em decorrência de câncer, aos 83 anos. A fundamentação para o cancelamento do pagamento da pensão foi a falta de prova de que o ato de adoção foi feito nos termos previstos em lei, e que a adoção, feita em curto espaço de tempo antes da morte do adotante, representou simulação com o fito de manter, em favor da pensionista, o benefício previdenciário. A impetrante alegou ofensa ao contraditório, ampla defesa, devido ao processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada. Por maioria, o STF concedeu a segurança por entender ter sido violado o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Outro julgado relacionado ao tema diz respeito ao Mandado de Segurança n.º 22.357/DF²⁰⁹, no qual se discutia a manutenção de atos de admissão de empregados da INFRAERO sem concurso público, tendo em vista a expressa vedação constitucional – art. 37, I e II da Constituição Federal e Jurisprudência pacífica do STF, no sentido de ser

²⁰⁷ Marcelo Ribeiro Losso discorre sobre a origem do princípio da confiança em âmbito internacional: «O princípio da proteção à confiança originou-se no direito alemão. De origem jurisprudencial, surgiu de uma série de decisões que visavam impor limites à retratabilidade de atos administrativos cuja ocorrência poderia causar prejuízos aos destinatários confiança (vertrauensschutz) foi analisado e teve decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlin, em 14 de novembro de 1956. Tratava-se do processo da viúva de um funcionário público que obteve, mediante ato administrativo, promessa de que, caso se transferisse de Berlin Oriental (República Democrática Alemã) para Berlin Ocidental, teria sua pensão normalmente paga. Após se mudar e passar a receber a pensão, as autoridades constataram ilegalidade por vício de competência. Com base nisso revisaram o ato e retiraram o benefício, além de determinar a devolução dos valores pagos com base no ato tido por ilegal. Levado à apreciação do judiciário, o Tribunal entendeu que, ainda que houvesse ilegalidade, no caso apresentado o princípio da proteção à confiança confrontado com o da legalidade, tinha mais peso, determinando que o ato não fosse desconstituído». LOSSO, Marcelo Ribeiro – O Neoconstitucionalismo e o princípio da proteção à confiança no direito administrativo brasileiro. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 04, n.º 1, 2004. [Em linha]. [Consult. 1º fev. 2019]. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4345/3547>>.

²⁰⁸ [Em linha]. [Consult. 1º fev. 2019]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>.

²⁰⁹ [Em linha]. [Consult. 1º fev. 2019]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6924610>>.

obrigatório o concurso público nas admissões de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Ocorre que, em 1990, o Tribunal de Contas da União já havia firmado esse mesmo entendimento, com a orientação de anulação dos atos de admissão posteriores àquela data, resguardando, portanto, os atos de admissão realizados entre a vigência da Constituição Federal de 1988 e a publicação da recomendação.

Também vale ressaltar o Agravo Regimental ao Recurso Extraordinário n.º 434.222, no qual se discutia os benefícios anteriores à Constituição Federal de 1988. Um servidor público inativo havia se aposentado com benefícios previstos em legislação estadual que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Apesar de não ter sido recepcionada pela nova Constituição, a lei possibilitou a prática de atos de efeitos concretos, cujos benefícios foram aproveitados por seus destinatários por longo período de tempo. Na decisão do Agravo Regimental interposto pela Administração Pública contra a decisão que negara seguimento ao Recurso Extraordinário, o STF entendeu que, embora a lei fosse inconstitucional, os atos concretos, bem como seus efeitos, deveriam ser preservados diante da boa-fé dos seus destinatários, beneficiados por longo período. Embora a fundamentação fizesse referência expressa à segurança jurídica e à boa fé, resta evidente que se levou em conta a proteção à confiança. Fundamentou o Ministro Carlos Velloso que dois são os pilares do princípio da segurança jurídica: a boa-fé e a necessidade de estabilidade das situações criadas em âmbito administrativo.

O STF já decidiu, em outras oportunidades, sob a alegação do princípio da proteção da irredutibilidade de vencimentos, pela manutenção de parcelas remuneratórias mesmo quando indevidas – o que representa aplicação do princípio da proteção da confiança na jurisprudência.

Outro julgado, considerado um *leading case* envolvendo o princípio da proteção à confiança em decisões do STJ, foi o Recurso Especial n.º 6.518.232, sobre uma candidata que se inscreveu em concurso público que tinha como requisito, para a inscrição, a idade mínima de 18 anos. A interessada fez a inscrição sem ter completado a idade prevista e foi aprovada nas provas. Homologado o concurso, a candidata já havia completado 19 anos de idade e se apresentou para a formalização da nomeação. A Administração Pública, no entanto, negou-lhe a investidura por não ter a idade quando da inscrição no concurso. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi favorável à candidata sob o argumento de que a idade, bem como outras condições, seria requisito para o ingresso no serviço público, não para a participação no certame. O voto condutor da decisão fez referência ao princípio da

segurança jurídica e à necessidade de serem ponderados a legalidade e o interesse público com o princípio da boa-fé e da segurança das relações jurídicas.

Por fim, importante destacar que tanto o princípio da confiança como o princípio da proibição ao retrocesso social estão intimamente relacionados ao princípio da segurança jurídica, inerente ao Estado Democrático e Social de Direito; à boa-fé nas relações do poder público com os particulares. Tais premissas nos levam a conclusão de que direitos sociais assegurados pela Constituição não podem ser limitados ou extintos de forma arbitrária e sem medidas de compensação, sob pena de violar o princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito.

4.3.5. Princípio da Igualdade

Conforme se depreende do art. 13 da Constituição Portuguesa, todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer espécie de discriminação. Dessa forma, o ordenamento jurídico português não tolera diferenciações arbitrárias, podendo existir apenas tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigalam – princípio da igualdade, também adotado pela Constituição Brasileira (CRF, art. 5.º).

Assim sendo, o princípio da igualdade consagrado nas Constituição de Portugal e do Brasil opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador e ao executivo, elaborar leis e ou editar atos e medidas provisórias, impedindo desigualdades sem critérios objetivos, razoáveis e proporcionais entre os meios empregados e a finalidade perseguida. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, que não poderá aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar discriminações arbitrárias. Ademais, ao exercer sua função jurisdicional, o Poder Judiciário deve dar interpretação única e igualitária das normas. Assim sendo, o princípio geral da igualdade é verdadeiramente um princípio de igualdade, pois «exige prima facie um tratamento semelhante, e apenas permite um tratamento diferenciado se existirem razões que o justifiquem²¹⁰». Fala-se, portanto, na proibição de arbítrio.

Ocorre que essa concepção tradicional do princípio da igualdade – proibição de arbítrio – vem sendo substituída pela concepção de igualdade proporcional (muitas vezes substituída pelo termo “equidade”), ou seja, o grau de tratamento desigual deve ser

²¹⁰ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**, cit. p. 271-273.

proporcional ao grau das desigualdades de fato constatadas. Esse novo conceito de princípio de igualdade foi adotado pela primeira vez em 1980, pelo Tribunal Constitucional alemão, quando a compreensão de igualdade passou a estar relacionada a ideia de equilíbrio. Com isso, a avaliação do tratamento desigual passou a ser feita com base em elementos próprios da ideia da proporcionalidade – não seria desigual se perseguisse um fim legítimo, fosse adequado e necessário à obtenção de tal fim e estabelecesse uma relação equilibrada com o valor do fim em causa²¹¹. Como veremos mais adiante, essa foi a linha de entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão n.º 187/2013, ao defender que a igualdade proporcional «pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (...)».

Como se vê, apesar de os direitos sociais estarem sujeitos às limitações acima mencionadas, tais restrições são limitadas. Surge, então, a teoria dos limites dos limites com objetivo de proteger o núcleo essencial do direito fundamental e de modo que a ação restritiva do Estado se dê na medida estritamente necessária à preservação de tais direitos e demais bens protegidos pela Constituição. Nessa linha, diversas Constituições como a Espanhola e a Portuguesa contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. CRP, art. 18.º, n.º 3 e, Constituição espanhola de 1978, art. 53.º, n.º 1).

No que diz respeito à Constituição brasileira, embora ela não possua disciplina expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, o texto veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, IV) – considerada cláusula pétrea – reforçando a teoria do limite do limite para o legislador ordinário.

Nos anos 2007 e 2008, Portugal atravessou uma grave crise econômico-financeira que deu origem aos Memorandos de Entendimento entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, para consecução do Programa de Ajustamento Econômico e Financeiro (PAEF) firmado em 2011. Por meio desses Memorandos, o Governo de Portugal comprometeu-se a cumprir metas financeiras e uma série de medidas de austeridade foram adotadas com vistas a atingi-las.

Ocorre que algumas dessas medidas de austeridade restringiam direitos sociais e foram questionadas perante o Tribunal Constitucional sob o argumento de que seriam

²¹¹ Na jurisprudência do TC, Acórdão n.º 330/93.

inconstitucionais. Neste contexto de grave crise, que efetivamente comprometia a capacidade do Estado de cumprir suas obrigações constitucionais, o Tribunal Constitucional apreciou a constitucionalidade das normas por meio do controle concentrado sucessivo, dando origem a Jurisprudência da Crise.

CAPÍTULO 5 – JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

5.1. Jurisprudência da Crise em Portugal

Conforme exposto como questão prévia, a Constituição Portuguesa não prevê a figura do direito de crise e tampouco contempla o estado de emergência financeira em seu regime jurídico do estado de necessidade. Ocorre que em 2011, Portugal firmou memorando de entendimento com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional para a prossecução de um Programa de Assistência Económico- Financeira (PAEF). Portugal receberia ajuda financeira durante o período de 2011 a 2014 e, em contrapartida, assumiu alguns compromissos. Dentre eles, a redução do défice orçamental.

Ocorre que algumas medidas de austeridade atingiram direitos sociais e foram questionadas perante o Tribunal Constitucional.

A análise das decisões do Tribunal Constitucional no período de 2011 a 2013 deixa evidente a tentativa de garantir a força normativa da Constituição sem ignorar o contexto de ordem transitória e excepcional, na qual as medidas «anticrise» se inserem. Essas decisões deram origem à chamada Jurisprudência da Crise.

A Jurisprudência da Crise em Portugal é marcada pela ponderação de princípios e em todos os Acórdãos proferidos em fiscalização abstrata de constitucionalidade sobre medidas legislativas «anticrise», em especial os princípios da proteção da confiança e da igualdade e da proporcionalidade, mas a Corte, diferente do período anterior a crise, passou a ser muito mais sensível a invocação do interesse público no âmbito do princípio da confiança. Isso porque o Tribunal²¹² levou em consideração a crise financeira, os compromissos e prazos

²¹² Conforme ressalta Maria Benedita Urbano, «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 399/2010), «conjuntura de absoluta excecionalidade» (Acórdão nº 396/2011), «gravíssima situação económico-financeira», «atual contexto de grave emergência» (Acórdão nº 353/2012), «situação de excecionalidade financeiro», «num contexto de particular excecionalidade», «contexto extraordinário de exigências de financiamento», «necessidades de finanças públicas extraordinárias» (Acórdão nº 187/2013), «agudizar das dificuldades económico-financeiras do Estado» (Acórdão nº 474/2013). Do mesmo modo, em regra, não foram esquecidos, na análise do TC, os compromissos internacionais e europeus que Portugal assumiu com vista, precisamente, a ultrapassar a situação crítica em que o país se encontra do ponto de vista económico, financeiro e social. Caso único é do acórdão 862/2013. Neste, a crise e os compromissos internacionais e europeus do nosso país foram basicamente ignorados pelo TC, apesar de a medida legislativa objeto do controlo ancorar sua legitimidade, em parte, nesses fatores, circunstância de que aquele Tribunal estava perfeitamente ciente. («Com efeito, invoca [o proponente da norma] que o desequilíbrio financeiro estrutural da CGA, com um défice anual que ascende a 2,6% do PIB, e que é coberto por transferências do Orçamento, em cerca de 60% das prestações pagas anualmente, associado à situação de emergência económico-

assumidos por meio de compromissos internacionais no juízo de ponderação, particular da resolução de conflitos de normas constitucionais.

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Benedita Urbano, ao discorrer acerca da Jurisprudência da Crise, elucida que os julgados sobre o assunto tiveram impacto direto e considerável no alargamento da aceitabilidade quanto à possível diminuição de salários e prestações sociais ou aumento de impostos. Nesse contexto, cita alguns Acórdãos que corroboram o entendimento exposto. O primeiro deles é o Acórdão n.º 399/2010, em que o Tribunal Constitucional legitima a previsibilidade da medida adotada – aumento de receita fiscal – frente a duas situações fáticas: (a) não subsistiam razões para que Portugal fosse excluído do movimento de retomada do equilíbrio económico-financeiro que começou a se instaurar na União Europeia, notadamente, Grécia e Espanha, o qual envolvia a revisão fiscal. No caso de Portugal, especificamente, além do cenário económico-financeiro internacional, agregava-se a avaliação pelas instâncias internacionais (FMI e OCDE) sobre sua situação financeira; e (b) o debate político entabulado sobre a dívida pública e a imperiosidade de adoção de medidas de combate ao déficit orçamentário.

A autora aponta que, no mesmo sentido, transcorreram os fundamentos do Acórdão n.º 396/2011. No aludido julgado também se reconhece que as medidas reducionistas de despesas públicas foram adotadas em outros países europeus, dentro de uma «conjuntura de absoluta excepcionalidade», impactando em proteções sociais, incluindo as relativas ao pagamento de remunerações. Complementa com o Acórdão n.º 187/2013, destacando que as medidas de diminuição de despesas eram esperadas pelos destinatários e que, dentro do contexto global em que foram providenciadas, não poderiam ser consideradas como uma mutação na ordem jurídica. Uma reflexão que pode ser invocada é no sentido de se questionar, em contrariedade ao posicionamento da autoria, a ocorrência da mutação constitucional. Isso porque a mera previsibilidade seria um argumento fraco para se negar a possibilidade de alteração do alcance do texto normativo. Por outro lado, é plausível se pensar que jurista não considera a ocorrência de mutação constitucional, vez que a restrição não se refere ao direito fundamental, o qual permanecesse garantido, mas sim, à sua aplicabilidade, que passa a ser limitada em carácter de transitoriedade e excepcionalidade.

financeira em que o país se encontra, torna a situação insustentável, exigindo medidas como as constantes das normas questionadas»). Em suma, neste último acórdão, as referências do TC à crise económico - financeira que os países atravessa consubstanciam-se num «testemunho de ouvi dizer». URBANO, Maria Benedita – A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (orgs.). Coimbra: Almedina, 2014, p. 13-15.

Além da previsibilidade e da legitimidade das ações voltadas ao reequilíbrio econômico-financeiro em Portugal, Maria Benedita Urbano chama a atenção para outro princípio utilizado na Jurisprudência da Crise – princípio da igualdade. Invocando o entendimento consagrado no já citado Acórdão n.º 396/2011, alega que resta preservado o primado da igualdade no tratamento concebido aos servidores públicos. Explica-se: se a proposta é reduzir encargos públicos, quem recebe recurso público não está em situação de igualdade com o cidadão comum, no sentido de que, uma vez sendo necessário impor algum sacrifício somente a quem recebe verbas públicas para fins de retomada da saúde econômico-financeira do Estado, esta hipótese não poderia configurar-se como um tratamento injustificavelmente desigual quando comparada à condição do cidadão comum, de quem não foi exigido sacrifício de mesma natureza. Na medida em que o cumprimento do Programa de Assistência Económico e Financeira foi avançando, a Corte passou a ser cada vez mais rigorosa quanto ao princípio da igualdade proporcional e passou a exigir que o legislador buscasse alternativas menos sacrificantes para os funcionários do setor público.

Também convém destacar uma mudança de postura da Corte Constitucional quanto à aplicação do Princípio da Proteção da Confiança. Embora a utilização do referido critério não esteja expressamente prevista na Constituição Portuguesa, o princípio da confiança postula a ideia de confiança dos cidadãos na atuação do Estado, o que demanda um mínimo de segurança jurídica nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas.

Trata-se, assim, de um princípio decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, contemplado no artigo 2º da Constituição e que visa proteger os cidadãos contra arbitrariedades. Afinal, a confiança é pilar da ordem constitucional e da Constituição, pois se não existir confiança no respeito às regras e nos procedimentos e garantias nela previstos, a perenidade da ordem constitucional torna-se inviável.

Embora o próprio Tribunal reconheça certo grau de fluidez e indeterminação acerca do conteúdo do princípio da confiança, o Acórdão n.º 128/2009²¹³ veio estruturar os parâmetros a serem considerados para caracterizar a arbitrariedade para efeito de tutela do princípio da segurança na vertente material da confiança. Primeiramente, o Tribunal entende que cabe invocar a tutela constitucional da confiança quando o Estado tenha agido de tal maneira que conduziu à geração de uma expectativa de continuidade do comportamento até então exercido. Em um segundo momento, deve-se ter certeza de que essas expectativas são

²¹³ Acórdão que trata da revogação de uma isenção de Sisa aplicável a transações ocorridas depois da sua entrada em vigor e a sociedades sujeitas ao regime de tributação do lucro consolidado.

legítimas e, posteriormente, cumpre verificar se, a partir dessas expectativas, as pessoas criaram planos de vida. Como não existe um direito à não frustração de expectativas jurídicas, deve-se, por fim, garantir que a continuidade do comportamento do Estado não irá contrariar nenhum interesse público.

Ou seja, no entender do Tribunal Constitucional Português, a medida será considerada arbitrária ou excessivamente onerosa quando a mudança do regime legal vigente não for razoavelmente previsível pelos destinatários da norma e quando houver alternativa menos gravosa para salvaguardar os direitos constitucionalmente assegurados e que deveriam prevalecer (princípio da proporcionalidade). Assim, desde que haja a referida ponderação de interesses, nada impede que medidas de política econômica sejam alteradas, com frustração de expectativas.

Esta estruturação dos requisitos para proteção da confiança passou a ser adotada em diversas decisões, a exemplo do Acórdão n.º 188/2009²¹⁴, que declarou a constitucionalidade do artigo 101.º do Decreto-Lei n.º 187, quando conjugado com os artigos 33.º e 34.º do mesmo diploma, que versavam sobre: (i) a aceleração do prazo de transição para o novo regime; (ii) introdução de um limite superior exclusivamente para os cálculos das pensões baseados nos últimos anos da carreira. Esse foi o entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional durante vários anos, qual seja, de que não existe um direito absoluto a não frustração, principalmente, tratando-se de direitos em formação (expectativas jurídicas).

Esses parâmetros acima mencionados para aplicação do princípio da proteção da confiança passaram a ser flexibilizados no âmbito da crise econômico-financeira e a Corte passou a ser muito mais sensível à invocação do interesse público. Com isso, o legislador passou a ter maior liberdade de alterar o direito vigente, o que inclui a matéria de direitos sociais, com base nos princípios da liberdade legislativa e da autorrevisibilidade, sem que necessariamente isso acarrete uma violação a direitos constituídos. Nessa linha de raciocínio, também cabe citar o entendimento do Tribunal, vertido no Acórdão n.º 3/2010, de que a proteção dos direitos sociais constitucionalmente consagrados perpassa, obrigatoriamente, pelo crivo de aplicação e ponderação dos princípios fundamentais do Estado de Direito

²¹⁴ O Tribunal analisou a evolução do regime de segurança social e concluiu que o novo regime de transição não afetava de forma inadmissível as expectativas das pessoas abrangidas e que a limitação do montante da pensão estava justificada «pela necessidade de salvaguardar interesses constitucionalmente protegidos que devem considerar-se prevalentes, como o princípio a justiça intergeracional e o princípio da sustentabilidade». E acrescentou: «perante quaisquer direitos adquiridos mas meros direitos em formação, relativamente aos quais o legislador apenas estava vinculado a estabelecer um regime transitório que, com respeito pelo princípio da proporcionalidade permitisse relevar os períodos contributivos cumpridos ao abrigo da legislação anterior».

Democrático. Como exemplo, o Tribunal Constitucional passou a flexibilizar a possibilidade de reduzir os rendimentos de aposentados e reformados. Se por um lado o Tribunal reconheceu que aposentados e reformados são mais sacrificados que os funcionários ativos, também entendeu que o sacrifício se justificava em prol do interesse público: equilibrar o sistema de seguridade social.

Contudo, em tempos de crise, a proteção dos direitos a prestações sociais sujeita-se a exceções ou a adequações decorrentes da necessidade eminente e justificada de se recuperar a saúde económico-financeira do país e a ponderação de interesses é feita com base nos princípios constitucionais, em especial nos princípios da igualdade e da confiança legítima (também conhecido como princípio da proteção da confiança).

Alinhado à jurisprudência constitucional alemã, o Tribunal Constitucional português, desde o início, considerou o princípio da proteção da confiança inerente ao Estado de Direito. No Acórdão n.º 399/2010, sobre o agravamento fiscal do IRS aplicável a rendimentos obtidos antes da vigência da lei, o princípio da confiança foi invocado para tentar evitar a aplicação retroativa da lei, porém o Tribunal entendeu pela constitucionalidade da medida por se tratar de «retroatividade inautêntica»²¹⁵, diferente da proibição da retroatividade fiscal, expressamente prevista no artigo 103º, nº 3 da Constituição Portuguesa. E ao fazer a ponderação de interesses, o Tribunal afirmou que «o grau de tolerância da medida legislativa tomada face ao princípio da confiança é diretamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado» e, concluiu afirmando que «não tem este Tribunal razões que lhe permitam pôr em causa que a prossecução do interesse público, em face da situação económico-financeira do País, exige a adopção de medidas deste tipo».

A jurisprudência de 2011, no entanto, passou a ser mais sensível à invocação do interesse público no contexto do princípio da proteção da confiança²¹⁶, tendo como marco o Acórdão n.º 396/2011 do Tribunal Constitucional. Nesta oportunidade, ao analisar a constitucionalidade das reduções remuneratórias entre 3,5% e 10% para trabalhadores do

²¹⁵ A distinção entre «retroatividade autêntica» («echte Ruckwirkung») e «retroatividade inautêntica» («unechte Ruckwirkung»), referida a primeira à produção de efeitos sobre factos concluídos antes da entrada em vigor da lei, e a segunda à produção de efeitos sobre factos anteriores, ou afetando factos anteriores, ou afetando factos anteriores, mas que continuam a produzir ou não estão ainda concluídos à data da entrada em vigor da lei, foi adotada pelo TC a partir da jurisprudência alemã, onde era seguida pelo 1º Senat ou secção do TC Federal (enquanto a segunda secção distinguia tradicionalmente entre retroatividade a previsão e retroatividade nos efeitos jurídicos). PINTO, Paulo Mota – A proteção da Confiança na «Jurisprudência da Crise», *In: O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (orgs.). Coimbra: Almedina, 2014, p. 13-15.

²¹⁶ O princípio da confiança foi apreciado em diversos outros Acórdãos, a exemplo dos Acórdãos n.º 602/2013 e n.º 794/2013.

sector público com remunerações acima de €1500, o TC ressaltou a «metódica aplicativa» do princípio e decidiu pela constitucionalidade da lei em razão da relevância do objetivo por ela perseguido. Segundo ele, seria legítima alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, não se podendo considerar, diante do cenário de crise econômica, injustificadamente discriminatória a redução de rendimentos apenas para os primeiros. Além disso, após avaliar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida, entenderam que as reduções remuneratórias não implicavam uma afetação desproporcionada de uma posição de confiança (não houve excesso em termos de igualdade proporcional).

Como se vê, a Jurisprudência de 2011 foi sensível à invocação do «interesse público» no contexto do princípio da confiança. Ao proferir sua decisão, o Tribunal Constitucional entendeu que o interesse público deve prevalecer por serem «medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático e representação popular». Em outras palavras, reconheceu o Tribunal que, dentro de «limites do sacrifício» (princípio da proporcionalidade), as medidas de austeridade são formas legítimas e necessárias, dentro do contexto vigente, haja vista a necessidade de ajuste fiscal e reequilíbrio orçamental. A maioria dos Conselheiros do Tribunal Constitucional, portanto, entendeu aceitável o sacrifício no caso em questão, especialmente pelo caráter transitório das medidas.

Nota-se, porém, que o mesmo Tribunal ao defender a liberdade do legislador ordinário de definir políticas públicas, exige que tais medidas respeitem o Princípio da igualdade (artigo 13.º da CP), desde que o tratamento diferenciado seja justificado com fundamentos razoáveis e esteja sujeito a um juízo de proporcionalidade. Isso porque a igualdade proporcional implica avaliar se o grau de diferenciação imposto está compatível com as finalidades prosseguidas, devendo ser necessária, adequada e não excessiva do ponto de vista do fim almejado – conceito de justa medida.

No Acórdão n.º 353/2012, a natureza do sacrifício também foi objeto de análise por se tratar da suspensão cumulativa de subsídio de férias e de Natal ou prestações equivalentes ao 13.º e 14.º meses, a funcionários públicos e a aposentados e reformados, além de alargar a abrangência da medida a funcionários que percebiam remuneração base a partir de 600 euros. Assim, o Tribunal Constitucional analisou o *quantum* do sacrifício, e estabeleceu a igualdade proporcional como parâmetro de avaliação. Neste caso, diferentemente do Acórdão n.º 396/2011, o Tribunal Constitucional considerou que o valor das reduções iniciais atingiria um

valor percentual demasiado elevado a ponto de violar o princípio da igualdade proporcional e da dignidade da pessoa humana. Isso porque, se em um primeiro momento era justificável onerar os funcionários públicos em razão dos salários superiores, ao alargar sua abrangência para remunerações base a partir de 600 euros, as medidas passaram a ser excessivas, existindo o risco de se retroceder a um patamar inferior ao do «nível mínimo» de proteção constitucional requerido, o que ofenderia o princípio da proibição da proteção insuficiente.

Assim sendo, a categoria atingida pela nova regra não poderia suportar o sacrifício excessivamente gravoso sem prejuízo de existência condigna, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com a Jurisprudência do Tribunal Constitucional português, o núcleo essencial da garantia da dignidade da pessoa humana tem como referência o valor do salário mínimo nacional, considerado como a remuneração básica necessária para a sobrevivência digna do trabalhador (Acórdão n.º 62/2002). O tribunal português entendeu, no julgado supracitado, que as metas estabelecidas pelo Governo para regularizar a grave crise econômico-financeira devem ser alcançadas por meio de diminuição de despesas e/ou de aumento de receitas, mas não devem partir da adoção de medidas que imponham aos jurisdicionados – no caso os pensionistas e trabalhadores do setor público – «uma repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada».

No entanto, ao declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos legais da Lei n.º 64-B/2011, que aprovou o Orçamento de Estado para 2012, o Tribunal Constitucional português foi sensível à conjuntura econômica do País. Diante do quadro emergencial de crise econômica enfrentado e considerando que a execução orçamentária de 2012 já se encontrava em curso avançado, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade da medida, restringiu seus efeitos nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão dos subsídios e férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e 14.º meses, relativos ao ano de 2012. Dessa forma, ao prolongar no tempo os efeitos da citada norma, o Tribunal impediu o impacto no orçamento em andamento e a manutenção do financiamento acordado pelo Governo de Portugal²¹⁷.

²¹⁷ A Conselheira Catarina Sarmento e Castro divergiu do posicionamento majoritário e declarou seu voto nos seguintes termos: «de acordo com o juízo majoritário, decidiu-se restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, limitando-os à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal de 2013 e de 2014. Ora, afastei-me do âmbito delineado pela maioria para a produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por entender que estes só não deveriam aplicar-se aos subsídios que, devendo ter sido pagos, não o houvessem sido no momento da decisão de inconstitucionalidade (o subsídio de férias de 2012, ou equivalente). No caso, não se deveria permitir que a norma, agora declarada inconstitucional, ainda viesse a produzir efeitos para além do momento da decisão deste Tribunal. Na prática, a decisão majoritária, quando a produção de efeitos, tolera também, por razões que explica, a suspensão do pagamento dos subsídios de Natal de

No ano seguinte, a Lei n.º 66-B/2012, que instituía o Orçamento do Estado para 2013, também foi questionada do ponto de vista do princípio da igualdade, perante o Tribunal Constitucional, dando ensejo ao Acórdão n.º 187/2013. A lei orçamentária para 2013 estabelecia tratamento diferenciado aos funcionários públicos e aposentados, reduzindo, entre 3,5% e 10% das remunerações mensais base superiores a 1.500 euros; por outro lado, também suspendia o pagamento de férias ou quaisquer prestações correspondentes ao 14.º, que era aplicável aos trabalhadores do setor público que auferisse remuneração base mensal superior a 1.100 euros e apenas parcialmente aos trabalhadores daquele setor, cuja remuneração mensal se situasse entre 600 euros e 1.100 euros. No caso dos pensionistas, tendo em vista a sua maior debilidade, a supressão do subsídio de férias não atingiu sua integralidade, mas apenas o montante equivalente a 90%. Mas, em contrapartida, os pensionistas ficaram sujeitos a uma contribuição extraordinária de solidariedade, cuja taxa variava de forma progressiva, o que acarretou uma onerosidade excessiva para muitos pensionistas. Além dessas medidas, o Orçamento para 2013 também reduzia os subsídios a atribuir pela Caixa Geral de Aposentação,

2012 (ou equivalente), ainda que o considere inconstitucional. É o n.º 4 do artigo 282.º da Constituição que confere ao Tribunal Constitucional a possibilidade de fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com um alcance mais restrito de do que o resultante do n.º 1 do mesmo preceito, desde que tal seja justificado por razões relacionadas com a segurança jurídica, equidade ou interesse público de excecional relevo. Ora, parece-me ilógico – não havendo o Acórdão atendido, a meu ver, bem, ao argumento do excecional interesse público da execução das medidas tendentes à redução do défice, para justificar, sem outras considerações, a concreta solução em análise – que deva esse argumento ser esgrimido para, afinal, branquear a sua ablação ou redução em todo o ano que ainda corre. Na verdade, não tenho para mim como demonstrado que o facto de se encontrar a execução orçamental de 2012 já em curso, – e tanto mais que está apenas no início o segundo semestre do ano – inviabilizasse a adoção atempada de outras medidas universais alternativas que contribuíssem para o objetivo da garantia da solvabilidade das contas públicas. Mesmo tendo como seguro que não é ao Tribunal Constitucional que cabe qualquer opção nesta matéria, difícil será obnubilar que outras soluções legislativas foram anteriormente operacionalizadas de modo a contribuir com rapidez para a redução do défice, facto que, inevitavelmente, tem de ser ponderado em juízos de necessidade relativos a medidas posteriormente adotados. E ainda, em contradição aos argumentos, se reconhecesse que um interesse público de excecional relevo justificaria, para todo o ano de 2012, a não produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade deste Tribunal, a meu ver, implicaria aceitar-se, num juízo de ponderação, que uma solução legislativa que o Tribunal Constitucional considerou constitucionalmente gravosa não teria, afinal, no ano que corre, suficiente peso para aqueles que a sofrem. Ora, não posso, de modo algum, subscrevê-lo. Por um lado, porque o que levou à decisão de inconstitucionalidade, que votei favoravelmente, foi admitir-se que nem mesmo umas circunstâncias excecionais atualmente vividas permitem, à luz da Constituição, justificar uma situação fortemente inigualitária de ablação ou redução dos subsídios de férias e de Natal, imposta apenas aos que auferem remunerações salariais de entidades públicas, ou recebem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social, obrigando-os a um desmesurado sacrifício, em prol da comunidade. Por outro lado, atendendo ao variado leque de situações abrangidas pelas normas, é-me difícil aceitar que se tolere, durante todo o ano de 2012, o que para alguns casos será, certamente, um pesadíssimo sacrifício, sacrifício esse, não se esqueça, determinado por uma medida agora reconhecidamente inconstitucional. A aplicação do art.º 282, n.º 4 nesta decisão abriu o debate doutrinário sobre a existência de um acto com natureza de mutação constitucional: criou-se, assim, um precedente instável e duvidoso, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro volte a autorizar que uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito de legislador. » MORAIS, Carlos Blanco de – As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In: FELLET, André Fellet; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**, Bahia, Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 393.

alterava o Código do Imposto sobre Rendimentos das Pessoas Singulares e introduzia uma sobretaxa em sede de IRS.

Na decisão, o Tribunal Constitucional defendeu que a manutenção da redução das remunerações era previsível em razão do carácter plurianual das normas aplicadas em 2011 e que, portanto, tais medidas não desempenhavam um «efeito surpresa» em seus destinatários. Assim, com base nos mesmos argumentos do Acórdão de 2011, o Tribunal entendeu que a situação económico-financeira portuguesa justificava a manutenção da norma.

No tocante à suspensão do pagamento do subsídio de férias, o Tribunal admite que poderia existir uma maior expectativa quanto a não introdução da medida em razão do Acórdão n.º 353/2012, quando o Tribunal declarou a inconstitucionalidade das normas referentes à Lei n.º 64-B/2011 que suspendia o subsídio de férias, em cumulação com a suspensão do subsídio de Natal. Todavia, os indícios consistentes quanto à necessidade de manutenção da redução de despesas públicas, com vistas ao reequilíbrio orçamentário, fazem com que a norma se justifique, não violando o princípio da proteção da confiança.

Relativamente à CES, entendeu que o interesse público a salvaguardar estava devidamente identificado – financiar o sistema de segurança social para não sobrecarregar o orçamento do Estado ou as futuras gerações – e que se revestia de importância fulcral, razão pela qual o sacrifício imposto pela medida se justificaria e se encontrava dentro dos limites do sacrifício.

Com o passar dos anos, o Tribunal Constitucional passou a ser mais rigoroso na sua análise à luz do princípio da igualdade proporcional. Com isso, ainda quando constatada a existência de justificativa para estabelecimento de um tratamento desigual perante os cidadãos ou grupos envolvidos compreendidos como desiguais, o Tribunal passa a ser mais exigente quanto à verificação da proporcionalidade da medida diferenciadora, de modo a garantir que não seja excessivamente gravosa ou onerosa. Ou seja, passa a ser mais rigoroso ao realizar um juízo de proporcionalidade entre o objetivo de que se pretende alcançar com a medida diferenciadora e a natureza do sacrifício que deverá ser suportado aos afetados pela norma que contempla a desigualdade.

Tanto é verdade que o princípio da igualdade proporcional foi utilizado no Acórdão n.º 187/2013 como fundamento para se examinar a constitucionalidade de diversos artigos da Lei n.º 66-B/2012 – Lei do Orçamento do Estado para 2013. No que diz respeito à regra de suspensão de 90% do subsídio de férias dos pensionistas (artigo 77º), foi declarada inconstitucional por violação latente ao princípio da igualdade proporcional. Entendeu o

Tribunal que a supressão, mesmo que parcial, do subsídio de férias dos pensionistas, ante, dentre outros motivos, a impossibilidade de equipará-los aos trabalhadores dos setores público e privado, configurava uma medida excessivamente gravosa, justificando um juízo de inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade proporcional.

Por fim, também é importante destacar o Acórdão n.º 413/2014, cujo objetivo foi analisar a constitucionalidade da Lei n.º 83-C/2013, que aprova o Orçamento do Estado para 2014. Por força do n.º 1 do artigo 33.º da Lei n. 83-C/2013, a redução remuneratória imposta aos trabalhadores do setor público desde 2011 foram alargadas tanto do ponto de vista dos sujeitos afetados em razão da remuneração auferida (a partir de 675 euros mensais), seja na intensificação da medida aplicada (atingindo os 12% a partir dos 2000 euros). Ao analisar a questão, o Tribunal entendeu que a medida discriminatória aos trabalhadores do setor público pelo quarto ano consecutivo, de forma alargada e agravada, não se justificava *vis a vis* o grau de satisfação da finalidade que se pretendida alcançar com sua aplicação, inclusive por acreditar que por estar no quarto exercício orçamental, poderia o legislador ter buscado alternativas para contenção de custos. Assim sendo, considerou que os mencionados cortes salariais ultrapassavam os limites constitucionais admissíveis sendo, portanto, inconstitucionais. Nesse contexto, o artigo 115.º da Lei que tratava da contribuição sobre prestação de doença e de desemprego e o artigo 117.º que dispunha sobre as pensões de sobrevivência dos cônjuges e ex-cônjuges, ambos da Lei n.º 83-C/2013, também foram declarados inconstitucionais por violarem os princípios da confiança e da proporcionalidade.

Todavia, sensível ao cenário de grave crise económico-financeira e, tendo em vista a necessidade de evitar a perda da poupança líquida de despesa pública já obtida pelo Estado, no exercício orçamental de 2014, por via das reduções remuneratórias, o Tribunal Constitucional optou por atribuir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade do artigo 33º da Lei 83-C/2013, que, assim, só produziu efeitos a partir da data da decisão.

Portanto, como se vê, a Jurisprudência da Crise em Portugal foi marcada pela tentativa do Tribunal Constitucional de respaldar medidas impostas pelo legislador ordinário que, diante de um contexto de urgência, precisava obter resultados essenciais para assegurar ajuda internacional que o País se viu obrigado a recorrer. Assim, ainda que tais medidas de austeridade se traduzissem em um tratamento desigual ou gerassem frustrações para as pessoas por elas afetadas, tais sacrifícios se justificariam em prol do interesse comum e da preponderância do bem comum desde que devidamente fundamentadas e sujeitas cada vez

mais a um juízo de proporcionalidade, para que os limites da proibição da exceção em termos de igualdade proporcional não fossem ultrapassados.

Nesse sentido, importante ressaltar que na medida em que o cumprimento do PAEF já se encontrava em um estágio mais avançado, o Tribunal passou a aferir a constitucionalidade das medidas de austeridade com mais rigor, com vistas a assegurar que elas fossem necessárias, adequadas e não excessivas para o fim almejado (justa medida), questão que remete a um controle de proporcionalidade em sentido estrito. Ou seja, o decorrer do tempo implica em um acréscimo na exigência do legislador de encontrar alternativas para o aumento de receita ou redução de despesas para evitar que o prolongamento do tratamento diferenciado se torne excessivo para quem o suporta. Dessa forma, o Tribunal continuou a buscar uma conciliação entre valores constitucionais protegidos, porém, de forma mais intensa, também levando em conta a relação entre meios (as medidas que importam afetação da confiança) e os fins prosseguidos pela alteração (intensidade das razões de interesse público que justificaram a medida proposta).

Nesse contexto, surge a questão central do presente trabalho: O Tribunal Constitucional, ao exercer o controle de constitucionalidade das medidas anticrise, deve levar em consideração o cenário de crise econômico-financeira e ser menos rigoroso ao apreciar a constitucionalidade de medidas que afetam direitos sociais

Tanto a Constituição de Portugal como a do Brasil elevaram os direitos sociais ao patamar de direito base do cidadão. Assim, apesar de receber tratamento diferenciado, isso se dá em razão de suas características formais e essas características não os tornam menos importantes que os demais direitos fundamentais.

Em razão disso, a meu ver, um quadro de crise econômico-financeira não autoriza, por si só, o Tribunal Constitucional a ser menos rigoroso no controle de constitucionalidade de medidas que afetem direitos sociais, sob o risco de violar o princípio de vedação ao retrocesso social e atingir o núcleo essencial necessário para uma vida condigna. Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é pilar da Constituição de Portugal e da Constituição brasileira. E para não existir dúvidas quanto à importância dos direitos sociais, a Constituição portuguesa elenca em seu artigo 9, entre os deveres fundamentais do Estado, efetivar os direitos sociais e buscar uma sociedade não apenas livre, mas também justa e solidária.

5.2. Estudo Comparado com o Direito Brasileiro

Embora ainda não exista uma Jurisprudência de Crise no Brasil, o país atravessa uma das piores crises econômico-financeiras de sua história, com alta taxa de desemprego – cerca de 14 milhões de desempregados – e a modernização da legislação trabalhista, previdenciária e tributária se tornaram cruciais para superar esse cenário crítico. Com isso, em breve o Supremo Tribunal Federal deparar-se-á com situações semelhantes às aquelas apreciadas pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

A Consolidação das Leis Trabalhista (CLT) – legislação trabalhista criada por Getúlio Vargas através do decreto-lei 5452, de 1943 – engessava as relações de trabalho e não atendia às demandas do mercado na atual era da informação e da tecnologia. Diante desse cenário, no ano de 2017, foram aprovadas duas leis: a Lei n.º 13.429, que possibilita a terceirização de atividades fins (antes, a terceirização era permitida apenas para atividades-meio, nos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho); e a Lei n.º 13.467, chamada de Reforma Trabalhista, que traz diversos avanços, a exemplo da prevalência do negociado sobre o legislado, um dos seus grandes pilares. Embora a nova legislação seja recente, já existem diversas ações diretas de inconstitucionalidade questionando algumas alterações introduzidas pela reforma, a maioria pendente de julgamento.

A única ADI já apreciada pela Suprema Corte teve por objeto o artigo 1º da Lei 13.467/2017, o qual deu nova redação aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho, regulamentando a contribuição sindical, que deixa de ser obrigatória para ser facultativa. Foram distribuídas por prevenção e apensadas a ela 18 (dezoito) ações diretas²¹⁸. Ao julgar a ADI, a maioria dos Ministros do STF entendeu que o fim da contribuição sindical obrigatória não está em desarmonia com a Constituição Federal. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade formal ou material da medida, uma vez que é o Congresso Nacional o protagonista dessa discussão que é eminentemente política, por envolver modelo de gestão sindical que se pretende adotar no Brasil. Importante ressaltar, no entanto, que, embora a reforma trabalhista tenha sido impulsionada pela crise econômico-financeira e a necessidade de flexibilizar as relações de trabalho para gerar empregos, o Acórdão em comento focou apenas nos aspectos constitucionais e não houve qualquer menção ao contexto econômico do país.

²¹⁸ ADI 5912; ADI 5923; ADI 5859; ADI 5865; ADI 5813; ADI 5887; ADI 5913; ADI 5810; ADI 5811; ADI 5888; ADI 5815; ADI 5850; ADI 5900; ADI 5945; ADI 5885; ADI 5892 e ADI 5806. Foi também apensada, pelas mesmas razões, a ADC 55.

A Reforma da Previdenciária, ainda em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, também é motivo de muita polêmica, sobretudo no que tange ao direito adquirido. Em regra, a jurisprudência e a doutrina majoritária, reconhecem a proteção ao direito adquirido, tutelando em âmbito previdenciário todos aqueles que já estejam em gozo de benefícios e aqueles que já tenham completado os requisitos para tanto, mesmo que ainda não tenham efetivado o requerimento. Nesse sentido, defendem que alterações constitucionais como a Proposta de Emenda Constitucional n.º 287/16, dita Reforma da Previdência, devem contemplar regras de transição em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da confiança.

Tais paradigmas jurisprudenciais vigem, e necessariamente devem vigor, em um cenário institucionalmente equilibrado, onde a situação econômica viabilize ajustes graduais, diferente da situação de urgência econômica e social que caracteriza a chamada Jurisprudência da Crise. O próprio Tribunal Constitucional português, antes da crise aguda vivenciada entre os anos de 2008 e 2011, invocava o princípio da confiança de maneira mais protetiva que o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro e, tendo em vista a situação de anormalidade, foi obrigado a criar exceções para situações tidas como críticas.

Embora a reforma trabalhista tenha sido um passo importante para modernizar as relações de trabalho, outras mudanças estruturais são fundamentais para o reaquecimento da economia brasileira e exigirão coragem dos membros do Congresso Nacional. Postergar decisões tornará a situação do país insustentável e os direitos sociais serão ainda mais sacrificados. Aliás, no caso brasileiro, a demora em adotar reformas estruturantes também tem gerado enorme sacrifício de direitos sociais, haja vista a falta de recursos do Estado para investir em saúde, educação e segurança pública, e frequentemente os cidadãos precisam recorrer ao Judiciário para resguardar seus direitos fundamentais. Não se trata, no entanto, de uma Jurisprudência da Crise que, como vimos, ainda não existe no Brasil.

Existem acórdãos da Suprema Corte brasileira sobre a constitucionalidade de medidas que afetam direitos sociais, porém nenhuma delas foi prolatada em um contexto de anormalidade econômica. Cita-se, como exemplo, os Embargos de Declaração na Ação Direta de Constitucionalidade n.º 3106 (D.J. 20/05/2015), cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux, referente ao julgamento sobre o regime próprio de previdência privada e assistência social dos servidores do Estado de Minas Gerais. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que «a modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988», tendo em vista se tratar de «instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores

constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima».

Em outro julgado, o Supremo Tribunal Federal determinou a manutenção da rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, tendo em vista se tratar de obrigação constitucional. Na ocasião, foi afastado o argumento da reserva do possível, pois sua invocação não poderia servir para justificar o inadimplemento das obrigações prestacionais do Estado e, assim, comprometer o mínimo existencial. Consagrou-se que a atividade de fiscalização judicial é imprescindível para se assegurar a aplicação de determinados parâmetros constitucionais como proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso (Ag. Reg. Rec. Extraordinário 745.745, 2ª Câmara do STF, 2/12/2014 - RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220).

Dentro deste contexto, apesar de não haver previsão constitucional sobre a matéria, alguns estados brasileiros, a exemplo do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul²¹⁹ e Minas Gerais²²⁰, decretaram estado de calamidade financeira e posteriormente mais de 62 municípios aderiram ao decreto com base na Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000. Como exemplo, cabe citar o Decreto estadual n.º 45.692/2016, por meio do qual o Governador do Estado do Rio de Janeiro declarou estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira fluminense com fundamento na queda anual de arrecadação desde o ano de 2012, no montante de cerca de R\$3 bilhões de reais em *royalties* do petróleo e participações especiais, e de quase R\$4 bilhões de reais de ICMS. Por outro lado, alegou o governador que entre 2009 e 2015 houve um aumento de cerca de R\$5,5 bilhões de reais com gastos com pessoal e de R\$6,2 bilhões com despesas de inativos e pensionistas. Esse decreto foi o primeiro, e a fundamentação dos demais decretos seguiu a mesma linha de raciocínio.

Como não poderia deixar de ser, a Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como toda e qualquer legislação infraconstitucional, deve ser interpretada conforme a Constituição brasileira e, portanto, não amplia (e nem poderia) as hipóteses de exceção constitucional como faz crer os decretos de calamidade acima mencionados.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) não é uma exclusividade brasileira. As sucessivas crises no mercado financeiro internacional na década de 1990 fizeram com que

²¹⁹ Decreto n.º 53.303, de 21 de novembro de 2016.

²²⁰ Decreto n.º 47.101, de 05 de dezembro de 2016.

muitos países buscassem reformas fiscais, orçamentárias e de gestão pública com vistas a atingir um equilíbrio fiscal. Nesse contexto, muitos países adotaram uma lei de responsabilidade fiscal em seus respectivos ordenamentos jurídicos. No caso do Brasil e de outros países da América Latina, a lei foi elaborada como contrapartida aos acordos financeiros firmados com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e com o Banco Internacional de Desenvolvimento (BIRD) e é voltada para a implementação da responsabilidade na gestão fiscal. Dentre outros dispositivos, a LRF, por meio de seu art. 65, considera calamidade pública ou os estados de defesa ou de sítio, quando formalmente reconhecida pela respectiva Casa Legislativa, circunstâncias excepcionais que permitem afastar temporariamente algumas das suas exigências. Nesse sentido, a LRF suspende temporariamente – enquanto perdurar o período de anormalidade – a contagem dos prazos de controle das despesas com pessoal (LRF, artigos 23 e 70) e dos limites do endividamento (LRF, art. 31), o atingimento das metas de resultados fiscais e a utilização de mecanismos da limitação de empenho (LRF, art. 9º).

Não existe, portanto, qualquer menção à calamidade de natureza financeira, mas, se configurada alguma das situações de exceção constitucional – calamidade pública ou estado de sítio – as regras de ajustes fiscais serão flexibilizadas e os prazos suspensos para que a Administração Pública – destinatária da norma – tenha tempo hábil para se planejar e buscar o equilíbrio das contas públicas.

Na prática, no entanto, o que se percebe é o uso abusivo do art. 65 da LRF. Autoridades públicas estaduais e municipais que não implementaram as medidas necessárias para cumprir a LRF, ampliaram a definição de calamidade pública para enquadrar as situações de crise econômico-financeira e, com isso, obter benefícios e repasses financeiros da União, além de respaldar medidas de caráter urgente como a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, sem que os respectivos gestores públicos respondessem administrativamente por irregularidades decorrentes de tais ações. Logo após a publicação do decreto, o Governo Federal editou a Medida Provisória 734/2016, pela qual se concedeu um apoio financeiro de R\$ 2,9 bilhões de reais ao Governo Estadual do Rio de Janeiro, sem a necessidade de restituição dos valores, e com o devido aval do Tribunal de Contas da União, que reconheceu o caráter de urgência na despesa não prevista no orçamento; além da Medida Provisória 736/2016, por meio da qual abriu crédito extraordinário em favor de transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, naquele mesmo valor.

Se por um lado entendo que não exista respaldo nas Constituições hoje vigentes para um controle mais flexível por parte do Tribunal Constitucional e pelo Supremo Tribunal Federal, também não podemos fechar os olhos para uma nova realidade.

Por serem normas programáticas e não autoaplicáveis, os direitos sociais são os mais atingidos nos cenários de grave crise econômico-financeira. Deste modo, se por um lado a Corte Constitucional deve fiscalizar e evitar a violação a direitos fundamentais, de outro não há como afastar a Constituição da realidade dos fatos, notadamente quando estamos falando de direitos que dependem de recursos do Estado para implementá-los.

Desde o século XX as crises econômico financeiras passaram a ser mais frequentes e por vezes tomam proporção que pode abalar a ordem constitucional.

A ausência de previsão constitucional relacionada a perturbação de natureza econômica se deve a conjuntura da época na qual elas foram promulgadas, quando as instabilidades eram de natureza política ou desastres naturais. Hoje, no entanto, a realidade é outra e as Constituições deveriam passar a prever essa hipótese de exceção econômico-financeira.

CONCLUSÃO

Uma análise atenta do cenário global evidencia que as crises de natureza econômico-financeira estão para o século XXI como as instabilidades geopolíticas que deram origem as guerras entre nações estavam para o século XX. A diferença está no fato de que, após sucessivos conflitos de natureza bélica, os países desenvolveram, em conjunto, mecanismos para viabilizar a solução pacífica de controvérsias e a promoção do bem comum. Em outras palavras, embora não seja impossível a ocorrência de uma terceira grande guerra, a humanidade evoluiu e desenvolveu instrumentos que tornam ao menos pouco provável o referido cenário.

Todavia, no que se refere às crises econômico-financeiras, a situação ganha maior complexidade. Isto porque, incontáveis – e, em certos casos, imprevisíveis – são os fatores que podem levar a um quadro de retração econômica e muitos destes fatores estão correlacionados a questões internas, ou seja, situações próprias de uma determinada sociedade e cuja superação requer a análise em concreto, com a definição de medidas singulares para solucionar circunstâncias específicas. E, por se tratar de problemáticas internas, cada país deve criar as ferramentas que entenda suficientes para transpor tais períodos de instabilidade, aos quais todos estão sujeitos.

Logo no primeiro Capítulo, buscou-se demonstrar de que forma o constitucionalismo é imprescindível para se compreender a concepção e o alcance das constituições atuais. Porém, é importante acrescentar que mais que isso, o constitucionalismo seria a base de legitimação para se entender a incorporação ao ordenamento constitucional vigente de instrumentos de normalização do equilíbrio econômico-financeiro de um país. Isso porque se o constitucionalismo, enquanto movimento histórico e político, fundamentou uma nova percepção de Constituição frente aos abusos do regime monárquico absolutista ou das atrocidades do pós-guerra, também será este movimento o meio apto para se justificar a constitucionalização de um direito anticrise. O que se intenta imprimir é ideia de que da mesma forma que o nazismo, por exemplo, provocou uma nova fase no constitucionalismo, as crises econômico-financeiras também o provocam e a resposta a este novo contexto histórico, político, econômico ou social, tende, justamente, a ser uma interpretação mais limitante da aplicabilidade de alguns direitos fundamentais.

Esta necessidade (de serem desenvolvidos mecanismos de superação de crises econômico-financeiras) ganha excepcional relevância diante da imprevisibilidade dos fatores que podem gerar a recessão econômica – característica esta própria da globalização e da transformação da sociedade como a conhecemos, advinda da evolução tecnológica – e das consequências de tais crises, que em muito se assemelham às consequências de conflitos armados, ou seja, desemprego, redução da arrecadação do estado em um efeito cascata, falta de alimentos (ou aumento drástico dos preços) e aumento da violência/mortalidade.

Certo é, assim, que tanto as crises do passado – de natureza bélica – quanto as crises da atualidade – de natureza econômico-financeira – podem representar uma verdadeira ameaça à estabilidade democrática, razão pela qual é imprescindível que os países estejam preparados para enfrentá-las. E, neste ponto, chama a atenção a situação peculiar tanto de Portugal quanto do Brasil.

Ambos os países são desprovidos, em suas respectivas Constituições, de dispositivos destinados ao enfrentamento de instabilidades econômico-financeiras, o que, inclusive, os levaram às situações narradas ao longo deste trabalho. Ou seja, para enfrentar as recentes e graves crises, os governos, desamparados de qualquer embasamento constitucional, lançaram mão de variadas medidas – por meio de leis aprovadas junto ao Poder Legislativo e até mesmo atos unilaterais do Poder Executivo, a exemplo de decretos – que foram questionados no Poder Judiciário, pelas Cortes Constitucionais, exatamente por envolverem a mitigação de direitos e inexistir previsão constitucional para tal.

A invocação da supremacia da Constituição para o enfrentamento de crises não significa o congelamento do texto constitucional ou a abolição dos direitos fundamentais, mas sim, a garantia de que a Constituição irá se impor mesmo em tempos de crise. Contudo, para que isso ocorra, mostra-se indispensável que as regras para a superação da crise estejam estabelecidas na própria Carta Magna. Somente assim se torna possível buscar a normalização da situação, o que muitas das vezes irá requerer uma limitação na aplicabilidade de alguns direitos fundamentais, sem se violar a primazia da constituição sob os demais normativos infraconstitucionais que porventura surjam no decorrer da crise.

O quadro acima leva às indagações que motivaram o presente trabalho, ou seja: o Tribunal Constitucional, ao exercer a jurisdição constitucional, deve levar em conta o cenário de crise econômico-financeira e ser menos rigoroso ao apreciar a constitucionalidade de medidas que afetam direitos sociais? Havendo divergência entre as políticas destinadas ao enfrentamento da crise e as decisões do Tribunal Constitucional, a quem cabe a última palavra? Ao governo, democraticamente eleito e legitimado para governar, ou à justiça constitucional?

A resposta não é simples e decorre da análise em cadeia de tudo o que fora exposto supra.

Por serem normas programáticas e não autoaplicáveis é natural que os direitos sociais sejam os mais atingidos nos cenários de grave crise econômica. Isso porque, a saúde financeira das entidades públicas responsáveis pelo cumprimento de tais direitos é imprescindível para sua eficácia. Deste modo, se, por um lado, o Tribunal Constitucional tem o dever de fiscalizar a constitucionalidade de normas e, assim, evitar a violação a direitos fundamentais, de outro, não há como afastar a Constituição da realidade dos fatos, notadamente quando estamos falando de direitos que dependem de recursos do Estado para implementá-los.

Ocorre, porém, que da mesma forma que a Constituição não pode ser afastada da realidade dos fatos – tal qual explicitado ao tratarmos da hermenêutica constitucional – a interpretação (mesmo que se defenda a figura da mutação) deve ser feita dentro dos limites do texto constitucional. Admitir que os Tribunais Constitucionais realizem interpretações extensivas, distantes da literalidade do texto, sob a justificativa (ainda que nobre) de que tal medida faz-se necessária para enfrentar um quadro de crise, implica transformar o Poder Judiciário – por uma questão de conveniência momentânea – não apenas em legislador – afrontando a repartição dos poderes e a própria estrutura de estado – mas em um real

constituente originário na medida em que estará, sob o guarda-chuva da interpretação, na prática, alterando a essência do texto constitucional.

Em adicional, as medidas de enfrentamento de crises de natureza econômico-financeiras – que, como citado, tem natural foco na redução/flexibilização de direitos sociais – não podem ser definidas – como, *data venia*, erroneamente feito por Brasil e Portugal em reiteradas ocasiões – em normas infraconstitucionais. Tanto a constituição brasileira quanto a portuguesa elevaram os direitos sociais a um patamar de direito-base do cidadão. Desta forma, seja diante da origem constitucional destes direitos, seja pela aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, entende-se que qualquer lei aprovada com a finalidade de mitigar tais direitos será inconstitucional.

Em outras palavras, e respondendo às indagações que fundamentam este trabalho, conclui-se que a existência de um quadro de grave crise econômico-financeira não é, por si só, suficiente para autorizar um Tribunal Constitucional a ser menos rigoroso na interpretação do texto constitucional, sob pena de se admitir que este deixe de ser um intérprete da Lei Máxima do país para se tornar o próprio redator constitucional.

E, quanto à segunda indagação, havendo conflito entre a decisão do Tribunal Constitucional e as políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo (ainda que apoiado pelo Poder Legislativo), deve prevalecer a posição adotada pelo órgão jurisdicional máximo. Isto por uma simples razão: os poderes constituídos possuem, cada qual, funções específicas e bem definidas, sendo, em linhas gerais, atribuição do Poder Executivo administrar, do Poder Legislativo editar as leis e, do Poder Judiciário – aqui tratando especificamente dos tribunais constitucionais – interpretar e garantir a soberania da Constituição. Portanto, não há que se falar, mesmo em um contexto de crise, em outros Poderes, que não o Poder Judiciário por meio da Corte Constitucional, sendo a palavra final em matéria de interpretação constitucional.

Observa-se, diante do acima exposto, um quadro problemático para Brasil e Portugal, já que, aceitas tais premissas, ambos os países estariam de mãos atadas durante os períodos de crise, o que se revela ainda mais preocupante frente ao usual efeito cascata verificado nas crises de natureza econômico-financeira, também denominado *quicksand effect*, uma vez que, quanto maior a demora em encontrar uma saída, maiores são os danos e mais difícil se torna a recuperação.

A ausência de previsões ligadas a perturbações econômicas que possam causar abalo na ordem social nas constituições de Brasil e Portugal se deve à conjuntura da época na qual

estas foram promulgadas. As graves crises com as quais os Estados se deparavam estavam vinculadas a instabilidades provocadas por contendas políticas ou decorriam de desastres naturais.

Com a globalização da economia, no entanto, as crises econômico-financeiras ganham proporção jamais vista e a Constituição não pode ficar alheia à realidade do Estado. A partir do momento que situações de grave crise passam a abalar a ordem constitucional, torna-se essencial a busca por soluções para atender aos anseios da sociedade, sob pena de serem criados subterfúgios inconstitucionais, como já vem ocorrendo no Brasil.

Por todo o exposto, entende-se e apresenta-se como solução a constitucionalização da hipótese de exceção econômica – ou estado de sítio econômico. Apenas com a expressa previsão constitucional seria viável a Brasil e Portugal adotarem medidas restritivas de direitos sociais de forma compatível com o ordenamento jurídico.

A mitigação de direitos seria admitida no contexto do estado de sítio econômico pela excepcionalidade da circunstância, que justificaria e demandaria a ponderação entre valores e direitos. O que se defende é que, um cenário de grave crise econômico-financeira pode revelar real ameaça à estabilidade democrática, de forma que a defesa da unidade do estado, neste momento, se sobrepõe aos direitos individuais dos cidadãos. Isto não quer dizer que, diante de um estado de sítio econômico, o governo tudo possa realizar. Trata-se tão somente da possibilidade de mitigação de direitos na exata proporção do que seja necessário para serem adotadas as medidas que levem a mais célere recuperação do país. E, exatamente visando afastar excessos, torna-se imperioso que sejam, durante fases de estabilidade, definidos os contornos do estado de sítio econômico e sua inscrição no texto constitucional.

Embora o regime emergencial não seja uma solução «mágica» para qualquer tipo de anormalidade, certamente ele é o mais adequado às graves crises circunstanciais ou conjunturais. Em verdade, é possível se afirmar que, diante de determinadas circunstâncias, tal regime acaba por ser inevitável ao se considerar a necessidade de adoção de medidas de curto prazo: a crise decorre de uma sobrecarga no orçamento público, cujo reequilíbrio requer corte de gastos, os quais, por sua vez, esbarram nas prestações assistenciais do Estado – concretização de direitos fundamentais. Se as crises mais persistentes só podem ser solucionadas por meio de reformas profundas (sociais, políticas e/ou econômicas) e de longo prazo, o estado de exceção serve exatamente para o oposto, ou seja, para a adoção de providências paliativas, porém de suma importância para a adequação rápida do país a uma

conjuntura grave e que, se não respondida no tempo e com a força necessária, pode causar danos incalculáveis.

Daí ser fundamental a previsão de um estado de sítio econômico mediante a observância de determinadas regras procedimentais com a participação obrigatória do Poder Legislativo de forma democrática, tal como já existe hoje para as demais hipóteses de exceção constitucional. Durante a vigência da exceção econômica, seriam editados decretos ou medidas provisórias com força de lei, com validade temporária para o período da crise, salvo se convertidas em lei definitiva pelo Parlamento, observado o quórum qualificado. Medidas extraordinárias nos planos tributário, administrativo e de crédito público poderiam ser adotadas e direitos fundamentais poderiam submeter a restrições desde que respeitados critérios estipulados pela Carta Magna, inclusive levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade, igualdade e da vedação ao retrocesso social. Ou seja, «as regras do jogo» seriam pré-estabelecidas em prol da segurança jurídica.

Gabriel Prado Leal²²¹ enumera algumas dessas vantagens: (a) caso não evite, ao menos reduz a possibilidade de que as medidas de saneamento e recuperação sejam declaradas inconstitucionais pelos tribunais; (b) a rigidez ajuda a evitar o arbítrio, sendo compatível com os sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal; (c) não é dependente do conceito de normas programáticas, abertamente criticado pela doutrina; (d) permite a criação de uma «válvula de escape» constitucional ao ampliar a adaptabilidade da Constituição às diferentes circunstâncias, de forma que se evita, em crise aguda, supressão de direitos que, de outro modo, poderiam ser apenas suspensos.

Como se vê, a constitucionalização da exceção econômica – ou estado de sítio econômico, termo sugerido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho – evitará abusos por parte dos Poderes Legislativo e Executivo e propiciará critérios mais objetivos para o controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais. Com isso, ganha o Estado de Direito, em razão da maior segurança jurídica, e ganham todos os cidadãos que terão um novo instrumento jurídico para resguardar seus direitos fundamentais, porventura lesados em decorrência de medidas anticrise.

Em verdade, para garantir a observância ao princípio da soberania da Constituição, é de extrema importância que a afetação dos direitos fundamentais, em caso de crise econômico-financeira do Estado, esteja regulamentada no próprio texto constitucional, a

²²¹ LEAL, Gabriel Prado – Exceção econômica e governo de crise nas democracias. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da – **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 122.

exemplo do que ocorre com o estado de defesa e estado de sítio. De toda forma, entende-se que enquanto tal fenômeno não seja incorporado à Carta Magna, ficam os tribunais constitucionais imbuídos de analisar – e até mesmo elaborar – o direito de crise, mediante o exercício do controle de constitucionalidade sobre as medidas adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo que acabem por restringir direitos fundamentais. Por outro lado, os tribunais não podem se valer de tal prerrogativa para, dentro de uma perspectiva de ativismo judicial, ocasionar uma mutação constitucional tamanha que acabe por ferir substancialmente o Estado Democrático de Direito e retroceder quanto à consagração dos direitos fundamentais.

Diante desse cenário, a partir de todo o fundamento exposto no presente trabalho, infere-se que o estado de emergência econômica, ainda que ditado informalmente pelo Poder Judiciário (Jurisprudência de Crise), deve observar parâmetros mínimos: (a) a finalidade precípua deve ser a busca da normalização da situação econômica, em prol do interesse público, razão pela qual a restrição a direitos fundamentais somente pode ocorrer em caráter de transitoriedade e excepcionalidade; (b) a restrição dos direitos fundamentais deve ter como limite a proteção da dignidade humana, o que exige, indubitavelmente a ponderação de interesses para resolução de conflitos, e, por conseguinte, a aplicação criteriosa do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) e do princípio da proibição do excesso (imposição ao Estado de cessão da restrição dos direitos fundamentais tão logo cesse a situação que o motivou); e (c) clareza quanto ao fato de que não há mutação constitucional, ou seja, os direitos fundamentais continuam sendo tutelados constitucionalmente sem que o alcance do texto normativo tenha sua finalidade modificada. Em outras palavras, não há abolição do alcance normativo, o que ocorre é uma restrição transitória e excepcional da aplicabilidade do direito fundamental em análise e, uma vez cessada a situação que a motivou, retorna-se à integralidade da aplicação do dispositivo constitucional. No máximo, o que se pode considerar é uma mutação constitucional momentânea condicionada ao período de duração da crise econômico-financeira.

Os parâmetros devem ser definidos e aplicados em prol da segurança jurídica e para evitar abusos que coloquem em risco a dignidade da pessoa humana. Afinal, é preciso que a constituição seja um navio preparado para enfrentar não só calmarias, mas também fortes tempestades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

AGAMBEN, Giorgio – **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. ISBN 9788575590577

ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais. Introdução Geral**. Lisboa: Principia, 2011. ISBN 9789897160325

ALEXY, Robert – Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 24, p. 334-344, out./dez. 2005. ISSN 15176290

ANDRADE, José Carlos Vieira de – **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 9789724046693

BARROS, Suzana de Toledo – **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. ISBN 8574691496

BARROSO, Luís Roberto. A Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 224, p. 31-50, abr./jun. de 2001. e-ISSN 22385177

_____ – **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502139305

_____ – **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502228047

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 9788539202713

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. Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, v. I. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 9789724049885

BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira – A Igualdade Proporcional, novo modelo no controlo do princípio da igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013. **Direitos & Política**, n.º 4, jul./out. 2013. ISSN 21827583

BULOS, Uadi Lammego – **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. IBSN 9788502230668

CANARIS, Claus Wilhelm – **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkan, 2008. ISBN 9789723102956

CANAS, Vitalino – Constituição Prima Facie: Igualdade Proporcionalidade, Confiança (aplicados ao «corte» de pensões). **E-Pública – Revista Eletrônica de Direito Público**, n.º 1, 2014. [Em linha]. Disponível em: <<http://e-publica.pt/constituicaoprimaryfacie.html>>. >. ISSN 2183-184X

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira – **Constituição da República Portuguesa. Anotada, v. I, arts. 1.º a 107.º**, 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. ISBN 9789723222869

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. **Constituição da República Portuguesa. Anotada, v. II, arts. 108.º a 296.º**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723218398

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira – Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 5, p. 249-285, jan./jun. 2005. ISBN 8573088656

COIMBRA, José Duarte – Sobre o estatuto constitucional da austeridade in A austeridade cura? A austeridade mata? In: FERREIRA, Eduardo Paz (coord.) **A austeridade cura? A austeridade mata?** Lisboa: AAFDL, 2013. ISBN 9780000021618

COMPARATO, Fábio Konder – **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 9788502089730

CORREIA, António Damasceno – **Estado de Sítio e de Emergência em Democracia**. Lisboa, 1989. ISBN 9789726990628.

COURTIS, Christian – Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO,

Daniel (coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 9788537503454

COUTINHO, Luís Pereira – Os Direitos Sociais e a Crise: Breve Reflexão. *Direitos & Política*. **Horizonte**, n. 1, out./dez. 2012, p. 249-285. ISSN 21827583

COUTINHO, Luís Pereira; GONÇALO, Almeida Ribeiro de – **O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio crítico**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789724057040

DA COSTA, José Manuel M. Cardoso – **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007. ISBN 9789724032535

DE MORAIS, Carlos Blanco – **Justiça Constitucional - Tomo I - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade**. Lisboa: Editora Coimbra, 2006. ISBN 9789723214383

_____ – **Justiça Constitucional - Tomo II**. Lisboa: Editora Coimbra, 2011. ISBN 9789723219234

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a sério**. Trad. De Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. **Revista de Informação Legislativa**, v. 27, n. 108, p. 33-48, out./dez. 1990. ISSN 0034-835X

GASPARINI, Diógenes – **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 9788502076099

GOUVEIA, Jorge Bacelar – **O Estado de Excepção no Direito Constitucional. Entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição**, v. 2, Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 9789724012414

_____ – **Manual do Direito Constitucional - Volume I**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789723222203

GRAU, E. R. – **Ensaio e Discurso sobre interpretação/aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 9788574207698

GUERRA FILHO, Willis Santiago – O Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 268-283. ISBN 9788574202211

HESPANHA, Antônio Manuel – A Resolução Neoliberal e a subversão do Modelo Jurídico: Crise, Direito e argumentação Jurídica. *In*: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (org.). **A Crise e o Direito**. Lisboa: Almedina, 2013. ISBN 9789724052014

HESSE, Konrad – **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: FABRIS, 1991, p. 24. ISBN 857387113x

_____ – **Temas fundamentais do Direito Constitucional. Limites da Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*. California Law Review, v. 9, issue, 5, art. 4, outubro de 2004, p. 1441-1477

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LASSALE, Ferdinand – **A essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. ISBN 9788537500323

LEITÃO, Luís Menezes – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. **Revista dos Advogados**, ano 72, IV, Lisboa, out./dez. 2012. ISSN 08708118

LOUREIRO, João Carlos – **Adeus ao Estado Social?** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723218602

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang – **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014. ISBN 9788520351871

MARTINS, Antônio – **A jurisprudência sobre as leis do Orçamento do Estado e (in)constitucionalidade do OE2014**. Coimbra: Almedina, 2014. . ISBN 9789724056135

MARTINS COSTA, Judith – A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002. p. 228-255. ISSN 01046594

MATOS, Daniel Ortiz – A mutação constitucional e a tentativa de abstrativização do sistema Concreto de controle de constitucionalidade. *In*: **C&D - Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v. 3, p. 108-117, jan./dez. 2010. ISSN 19844271

MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2004. ISBN 9788574205571

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *In: Direito Público*, Doutrina Brasileira, n. ° 4, abr./maio/jun. 2004. ISSN 0034-835X

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06899-5

MIRANDA, Jorge – Estado de Sitio e Estado de Emergência. *In: DJAP*, v. IV, 1991, p. 259.

____ – **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723220100

____ – **Manual de Direito Constitucional - Volume II**. Lisboa: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723222722

MORAIS, Carlos Blanco – **O Estado de Excepção**. Lisboa, 1984.

____ – As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acordo Controverso. *In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). Constitucionalismo e Democracia*. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2014. ISSN 21826900

MORAES, Alexandre de – **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

____ – **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN 852244319X

____ – **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 9788522469406

____ – **Direito Constitucional I**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9788522488117

NEVES, Marcelo (coord.) – **Transacionalidade do Direito dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 9788576745211

NOVAIS, Jorge Reis – **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Coimbra, 2010a. ISBN 9789723218336

____ – **Direitos Sociais Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b. ISBN 9789726290766

____ – **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Lisboa: Coimbra, 2013. ISBN 9789723220704

____ – **Em Defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. ISBN 9789724058252

OTERO, Paulo – **Direito Constitucional Português Volume I - Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010a. ISBN 9789724041490

_____ – **Direito Constitucional Português Volume II - Organização do Poder Político**. Coimbra: Almedina, 2010b. ISBN 9789724041858

PIRES, Alex Sander Xavier. **Ativismo judicial e judicialização da política – contributo propositivo no âmbito dos trinta anos da constituição federal do Brasil**. In: HAMMERSCHMIDT, Denise; ROSARIO, Pedro Trovão (org.). **Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2018

PRIETO, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: FontaMara, 1999

QUEIROZ, Cristina – **Poder Constituinte, democracia e direitos fundamentais**. Lisboa: Coimbra Editora, 2013. ISBN 9789723221299

_____ – **O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais**. Lisboa: Editora Coimbra, 2014.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira – **O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaio Críticos**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. ISBN 9789724057040

SANTOS, Fernando Ferreira dos – **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang – **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN 9788573485325

_____ – **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 9788573487084

_____ – Notas sobre a Dignidade da Pessoa Humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN 9788537509326

SARMENTO, Daniel (coord.) – **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. ISBN 857387113X

_____ – **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. ISBN 9788573879186

_____ – **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. ISBN 9788537503454

_____ – O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. ISBN 9788537505885

_____ – **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. ISBN 857387113x

_____ – **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. ISBN 9788537507629.

SCHELLING, Vivian – **A Presença do Povo na Cultura Brasileira**. Campinas: UNICAMP, 1991. ISBN 8526801899

SCHMITT, Carl – **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 8573088168

_____ – **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 9788573089127

SILVA, José Afonso da – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 8574206326

_____ – **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 9788539200429

SILVA, Sandoval Alves – **Direitos Sociais - Leis Orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Editora Juruá, 2007. ISBN 9788536215280

SILVA, Suzana Tavares da – **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**. *In*: NABAIS, José Casaltas; SILVA, Suzana Tavares da (org.). Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9789724046648

SILVA, Virgílio Afonso – **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais**. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 9788537503454

TORRES, Ricardo Lobo – **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.).

Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. ISBN 9788537503454

VALE, André Rufino do – **Constituição e Direito Privado: Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.** Revista de Direito Público. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 6, out./nov./dez. de 2004. ISSN 22361766

DIPLOMAS LEGAIS

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. [Em linha]. Disponível em: <

PUBLICAÇÕES NA INTERNET

ALVES, Dora Resende – **Os direitos sociais da Constituição Portuguesa. Sua conexão com o direito da União Europeia.** [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

BIRMONTIENÉ, Toma – **The challenges faced by the Constitutional Court of Lithuania during the global economic crisis.** [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

BULOS, Uadi Lamêgo – **Teoria da Interpretação Constitucional.** Revista de Direito Administrativo. [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer – **Uma Interpretação Constitucional da Crise Econômica.** DPU, v. 1, nº 54 (2013). [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

CHEMIN, Pauline de Moraes – **Direito do Homem. Importância do princípio da dignidade humana.** Rio de Janeiro, 2009. [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

DE CARVALHO, Osvaldo – **O Estado de Necessidade Econômico-Financeiro e os Direitos Fundamentais.** DPU, v. 1, nº 45 (2012). [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

FASONE, Cristina – **Constitutional Courts Facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective.** EUI Working Paper MWP, 2014/25. *European University Institute. Max Weber Programme.* [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

MIRANDA, Jorge – **Em vez da Contribuição extraordinária de solidariedade» uma «Contribuição solidária de mobilidade.** Porto e Lisboa, «O Público», de 12 de mar. 2014. [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

NUNO. Cunha Rolo – **Direito público comparado. A fiscalização concreta em Portugal e o controle difuso da constitucionalidade em direito comparado.** ISSN 0873-495x. Lisboa. Vol. 3 nº 1(1998) e Vol. 4 nº1 (1999). Disponível em: [https://www.academia.edu/36088557/Direito_público_comparado_A_fiscalização_concreta_e_m_Portugal_e_o_controlo_difuso_da_constitucionalidade_em_direito_comparado_o_sistema_americano_e_o_sistema_europeu_s_>](https://www.academia.edu/36088557/Direito_p%C3%BAblico_comparado_A_fiscaliza%C3%A7%C3%A3o_concreta_e_m_Portugal_e_o_controlo_difuso_da_constitucionalidade_em_direito_comparado_o_sistema_americano_e_o_sistema_europeu_s_>)

PINHEIRO, Alexandre Sousa – **A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013).** [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <

>.

SANDLER, Rebecca – **A Constitution Can Protect Fundamental Rights in Times of Emergency: Lessons from India and the Philippines.** [Em linha]. [Consult. 26 fev. 2019]. Disponível em: <