



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

DARIEL OLIVEIRA DE SANTANA NETO

**JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E A EMENDA DO TETO DOS
GASTOS: UMA ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE
DESTA À LUZ DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS
SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL**

Salvador
2019

DARIEL OLIVEIRA DE SANTANA NETO

**JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E A EMENDA DO TETO DOS
GASTOS: UMA ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE
DESTA À LUZ DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS
SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Anna Carla Fracalossi

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

DARIEL OLIVEIRA DE SANTANA NETO

**JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E A EMENDA DO TETO DOS
GASTOS: UMA ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE
DESTA À LUZ DO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS
SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

À minha querida família, em especial aos meus pais, que me inspiram diariamente e me motivam a ser melhor, e ao meu querido irmão, do qual muito me orgulho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ser tão generoso comigo, bem como pela sua enorme presença em todos os momentos da minha vida.

Agradeço também à minha família, pelos valores transmitidos desde pequeno, dentre os quais destaco o caráter e a perseverança, bem como pela inspiração diária e pela paixão pelo Direito involuntariamente transmitida desde cedo, seja através de relatos de seus próprios casos vivenciados, seja através de instigantes debates acerca do valor de justiça.

Agradeço ao professor Paulo Oliveira por ter me apresentado um tema tão fascinante como este, que certamente será o objeto de estudo do meu futuro mestrado e doutorado, haja vista as infindáveis discussões sobre este tema.

Agradeço ao meu amigo Vinicius de Almeida Santana Melo, não só pela presteza que lhe é peculiar, como pelos instigantes debates compartilhados durante a vida acadêmica.

Agradeço à minha orientadora e aos meus queridos professores, que pelas suas qualidades técnicas me motivaram a ir além. Dentre vários, muitos dos quais inclusive tenho a honra de ser amigo, destaco Ricardo Maurício Freire Soares, Daniela de Andrade Borges, Thiago Carvalho Borges, Antonio Oswaldo Scarpa, Carlos Eduardo Behrmann Rátis, Gabriel Dias Marques da Cruz, Gabriel Seijo Leal de Figueiredo, Dirley da Cunha Jr e Vitor Moreno Soliano Pereira.

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar”.

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente trabalho monográfico se deteve a analisar a viabilidade da jurisprudência da crise portuguesa servir como substrato teórico e prático legitimador das políticas de austeridade instauradas aqui no Brasil, em especial, a Emenda Constitucional nº 95 que fixara o teto de gastos públicos primários. Percebeu-se que a intensa crise econômica vivenciada no início do século XX provocara os mais diversos Estados afetados a formular respostas, respostas estas nem sempre em consonância com os comandos constitucionais. Analisa-se, assim, a resposta ofertada por Portugal, que no momento de crise econômico-financeira, reinterpretara o texto constitucional, adequando-o à realidade fática, a fim de observar se tal fenômeno seria possível no Brasil. No segundo capítulo, discute-se a evolução do estado em concomitância com o surgimento dos direitos fundamentais, a fim de se observar se o Brasil alcançara estágio a ponto de renunciar à concepção dirigente projetada pelo constituinte originário. No terceiro capítulo, analisa-se detidamente a jurisprudência da crise, observando assim o contexto que ensejara esta releitura das prescrições constitucionais, os fundamentais que avalizariam um possível Estado de Emergência Econômico-Financeira, o fenômeno em si, bem como a postura do Tribunal Constitucional Português neste período, através da análise de casos emblemáticos, e os seus críticos. Por fim, no quarto capítulo, examina-se o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais em ambos os países, a fim de se analisar qual a natureza jurídica dos direitos sociais nestes, o seu grau de eficácia, se estes figuram cláusulas pétreas e como é encarado o princípio da vedação ao retrocesso social, analisando quanto a estas as mais diversas correntes doutrinárias. Tal discussão visa, por fim, averiguar se as medidas jurídicas de austeridades tomadas em Portugal seriam comportadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da forma como este concebe os seus direitos sociais. Conclui-se pela inviabilidade da jurisprudência da crise servir como suporte teórico às políticas de austeridade adotadas no Brasil, em especial a EC nº 95, aqui detidamente analisada, em razão da ausência dos pressupostos fáticos ensejadores desta resposta à crise, quais sejam, ausência de endividamento públicos nos mesmo níveis do governo português e ausência de compromisso internacional celebrado, bem como pela distinta forma como ambos os países concebem os seus direitos sociais e encaram o princípio da vedação ao retrocesso social. Entende-se, ademais, que o Brasil não alcançara o nível de Estado de Bem-Estar Social suficiente, para como Portugal, rever a proposta dirigista concebida pelo constituinte originário.

Palavras-chave: Crise Econômica. Jurisprudência da Crise. Emenda do teto dos gastos. Restrição de direitos sociais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CRP	Constituição da República Portuguesa
CF	Constituição Federal da República de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
Rel.	Relator
Con.	Conselheiro
TC	Tribunal Constitucional Português

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SURGIMENTO DO ESTADO.....	13
2.1 ESTADO DE DIREITO: SUBMISSÃO DO SOBERANO DIREITO.....	14
2.2. ESTADO LIBERAL.....	19
2.2.1 Contexto histórico.....	20
2.2.2 Direitos fundamentais de 1ª geração.....	22
2.2.3 Modelo de estado.....	24
2.2.4 Da insuficiência deste modelo.....	30
2.3. ESTADO SOCIAL.....	34
2.3.1 Direitos fundamentais prestacionais.....	37
2.3.2 Gerações do Estado Social.....	40
2.3.2.1 1ª Geração: Constitucionalismo social.....	40
2.3.2.2 2ª Geração: Estado Democrático de Direito.....	43
2.3.2.2.1 <i>Crise do Estado social</i>	50
3 JURISPRUDÊNCIA DA CRISE.....	54
3.1 CONTEXTO.....	57
3.2 VIABILIDADE JURÍDICA.....	60
3.3 FUNDAMENTO.....	64
3.3.1 Histórico.....	64
3.3.2 Doutrinário.....	65
3.3.3 Jurídico.....	68
3.4 O FENÔMENO.....	70
3.4.1 Princípios fundantes.....	74
3.4.1.1 Princípios da sustentabilidade financeira.....	74
3.4.1.2 Princípios da responsabilidade intergeracional.....	76
3.4.2 Princípios balizadores.....	78
3.4.2.1 Princípio da proteção da confiança.....	79
3.4.2.2 Princípio da igualdade.....	80
3.4.2.3 Princípio da proporcionalidade.....	82

3.5 ANÁLISE DE CASOS.....	83
3.5.1 Acórdão 396/2011.....	84
3.5.2 Acórdão 353/2012.....	86
3.5.3 Acórdão 187/2013.....	88
3.5.4 Acórdão 413/2014.....	91
3.6 OS CRÍTICOS.....	92
4 A VIABILIDADE DA SUBSUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016, A PARTIR DA ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA: BRASIL/PORTUGAL....	95
4.1 DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL.....	95
4.1.1 Fundamentalidade na CF88.....	97
4.1.2 Regime jurídico-constitucional dos direitos sociais face aos direitos individuais..	101
4.1.2.1 Aplicabilidade.....	101
4.1.2.2 Limites materiais ao poder de reforma.....	105
4.1.3 Princípio da vedação ao retrocesso social.....	109
4.1.3.1 Breve histórico das experiências estrangeiras.....	110
4.1.3.2 Conteúdo.....	113
4.1.3.3 Aplicação no Brasil.....	115
4.2 DIREITOS SOCIAIS EM PORTUGAL.....	121
4.2.1 Fundamento na Carta Constitucional Portuguesa.....	122
4.2.1.1 Grau de eficácia.....	125
4.2.1.2 Limites materiais ao poder de reforma.....	127
4.2.2 Princípio da vedação ao retrocesso social.....	129
4.3 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016.....	132
4.3.1 Contexto.....	132
4.3.2 Conteúdo.....	134
4.3.3 A inconstitucionalidade da política de austeridade.....	136
5 CONCLUSÃO.....	139
REFERÊNCIAS.....	145

1 INTRODUÇÃO

Tema da ordem do dia, a jurisprudência da crise portuguesa vem sendo cada vez mais ventilada, em *terrae brasilis*, como um possível subsídio teórico hábil a conferir guarida a decisões dos ministros do Supremo, em tempos de crise.

Isso decorre muito em razão do fato do Brasil acumular, nos últimos anos, uma sequência de déficits primários, bem como um aumento exponencial da dívida pública, em relação ao seu Produto Interno Bruto (PIB). Tais fatos propiciaram não só o surgimento, como a aprovação de algumas medidas de austeridade, dentre as quais se encontra inserida a Emenda Constitucional de nº 95, que fixara, em um lapso de 20 exercícios financeiros, o teto de gasto com as despesas primárias, dentre elas, com a saúde e educação.

Tal questão, em razão do potencial corte em áreas sensíveis, bem como em razão da constitucionalidade duvidosa, provocara uma série de debates de índole constitucional, que ensejaram em algumas ações de controle concentrado de constitucionalidade, hoje, ainda pendentes de apreciação.

Pois bem, delineado o contexto vivido, inicia-se o presente estudo, da análise, no segundo capítulo, da origem e dos mais diversos modelos de Estado, discutindo assim as suas principais características, bem como motivos que ensejaram a sua superação, até alcançar a crise vivida pelo Estado de Bem-Estar Social, em razão das inúmeras causas que aqui virão a ser enumeradas.

Frise-se que a crise do Estado Social tem propiciado não só argumentos favoráveis à sua substituição, como também tem ensejado inúmeras propostas paliativas de constitucionalidade duvidosa, dentre estas a que se analisará, qual seja, a Emenda Constitucional nº 95, que restringiu os gastos com as despesas primárias, em especial, com saúde e educação.

Impende frisar que, controverso por sua natureza em períodos de normalidade, os direitos sociais, em tempos de crise, se tornam ainda mais questionáveis, sendo costumeiramente relegados a último plano do gestor, justamente por reclamarem de prestações positivas do Estado para a sua efetivação e resultarem em custo mais significativo ao Estado, se comparado com os direitos individuais.

Esta situação de necessidade econômico-financeira desemboca sempre no problema de equalizar a necessidade de se suprimir/diminuir direitos sociais em tempos de crise, em razão da escassez, do período de emergência financeira, com regras tão caras ao Estado de Bem-

Estar Social, como o princípio da vedação ao retrocesso social e a imutabilidade das cláusulas pétreas.

Observa-se que, muitas vezes, nesses períodos de exceção econômica, só há duas alternativas: 1ª) racionalizar drasticamente os recursos, empregando-os apenas nos direitos indispensáveis; 2ª) tomar empréstimos a fim de financiá-los, o que comprometeria não apenas a soberania, haja vista o fato destas virem condicionadas à adoção de uma série de medidas elaboradas pelos organismos internacionais, como também as gerações futuras, que arcarão com o ônus financeiro futuro.

Visto a Crise do Estado Social, passa-se a analisar, no terceiro capítulo, a recente experiência portuguesa, que devastada por uma enorme crise, se viu obrigada a solicitar ajuda financeira internacional, bem como a promover a contextualização do seu texto constitucional ao período de excepcionalidade financeira vivenciado, restringindo, assim, direitos que até então eram albergados pela proibição do retrocesso.

Analisa-se assim detidamente a resposta à crise transitoriamente ofertada pelos portugueses, que recebeu a alcunha de Jurisprudência de Crise, a qual fora desenvolvida e aplicada pelo Tribunal Constitucional Português, durante o período de crise, a fim de adequar, harmonizar a normatividade do texto ao contexto excepcional de crise financeira. Entendera os lusitanos, nesse momento peculiar, que a análise do direito não haveria de quedar restrita apenas à visão normativa, devendo-se levar em consideração, em igual ou maior importância, o momento excepcional vivido.

Contudo, vale ressaltar, conforme será visto, que esta resposta dada pelos lusitanos não conferira “carta branca” ao arbítrio, submetendo assim a análise das medidas de austeridade a três critérios que autorizariam a vedação da medida quando caracterizada com evidência, quais sejam: a violação à proporcionalidade, nas suas três dimensões (Adequação, Necessidade e Proporcionalidade *stricto sensu*); a isonomia, para que se analise o grau de sacrifício despendido pelo cidadão perante a sociedade; a proteção à confiança.

Visto a resposta ofertada pelos portugueses à crise econômica por eles vivenciada, analisa-se, por fim, no terceiro e último capítulo, a viabilidade dessa resposta vir a servir como subsídio teórico para as eventuais políticas de austeridade adotadas no território brasileiro, a partir da análise pormenorizada da natureza jurídica conferida pelos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, aos direitos sociais.

Frise-se que tal análise se torna relevante em razão da grande celeuma existente acerca dos direitos sociais, tanto no que tange ao seu caráter fundamental, como também no que tange à sua eficácia. No que tange à jusfundamentalidade, a controvérsia no ordenamento jurídico

pátrio reside justamente no fato de o Constituinte Originário não ter incluído esses direitos expressamente no rol de cláusulas pétreas, do art. 60, §4º da Constituição Federal. Desse modo, há quem entenda que inexistem óbices para eventuais supressões, mitigações desses direitos.

Parte considerável da doutrina, conforme será observado, aduz, contudo, pela jusfundamentalidade desses direitos, salientando que a interpretação que há de ser feita do texto constitucional é sempre a teleológica-sistemática e não a literal. Cumpre salientar inclusive que, para esta segunda corrente, esculpido estaria, implicitamente, no texto constitucional, o princípio da vedação ao retrocesso social, princípio este que obstará qualquer tentativa de restringir tais direitos sociais.

Tem-se também a questão acerca da eficácia dos direitos sociais. Em que pese hoje nomes de escol venham a defender a aplicabilidade imediatas de tais direitos, há quem entenda no sentido de que se trata de normas meramente programáticas, carentes assim de conformação por parte do legislador, administrador.

Por fim, analisa-se como se concebe o princípio da vedação ao retrocesso nos dois ordenamentos jurídicos, para que melhor se possa concluir acerca da possibilidade, a partir da análise da natureza jurídica conferida aos direitos sociais pelos dois países, de valer-se da Jurisprudência da Crise no Brasil como subsidio teórico apto a legitimar políticas de austeridade, como a Emenda Constitucional nº 95.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONCOMITANTE AO SURGIMENTO DO ESTADO

Cumpre delinear, primeiramente, que, em que pese parte da doutrina adotar outras denominações como “direitos do homem”, “direitos naturais”, “direitos subjetivos públicos”, este trabalho adotará a nomenclatura de “direitos fundamentais”, por ter sido esta a nomenclatura dada pelo legislador constituinte.

Impende frisar ademais que, “inadequado” seria denominar tais direitos como “direitos humanos”. Em que pese esses direitos muitas vezes coincidam e estejam previstos, na maior parte das vezes, nos mais diversos documentos internacionais, tem-se por direitos fundamentais apenas aqueles internalizados ao ordenamento jurídico-constitucional pátrio.¹

Traçada as primeiras premissas, é interessante pontuar que os direitos fundamentais podem ser visualizados a partir de várias perspectivas. Ilustra o nobre jurista Vieira de Andrade, três delas, quais sejam: 1ª) perspectiva filosófica (jusnaturalista), que visualiza os direitos fundamentais como direitos inatos, preexistentes a qualquer tempo e determinação do estado; 2ª) positivista, que reputa fundamental, apenas aqueles direitos concretamente reconhecidos pelo Estado Nacional, em um determinado período de tempo; 3ª) universalista, que compreende como direitos primordiais de todas as pessoas do globo ou de grande parte dele, em um determinado período de tempo.²

Independente da perspectiva que se adote, é sabido que os direitos fundamentais figuram como elementos basilares para o Estado Hodierno. Estes, por se revelarem exigências mínimas à própria condição humana, representam, não apenas verdadeiros óbices ao agir estatal, como também fins últimos a serem perseguidos pelo Estado Constitucional.³ Nesse sentido, discute Jorge Miranda:

Na verdade, precisamente por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana ou no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 17

² DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ªed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 15.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 58/59

“... pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar”.⁴

Diante do que fora dito, insta comentar que, apesar de relativamente recente o reconhecimento dos direitos fundamentais, estes advêm de uma lenta construção histórica, marcada por árduas conquistas, em inúmeros eventos importantes para a história da humanidade, como a Revolução Francesa, Inglesa e a Independência dos Estados Unidos.

É cediço assim que, os direitos fundamentais, não surgiram “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Pelo contrário, estes surgem, como fora dito, de forma paulatina, com o tempo, a partir das constantes tensões entre as necessidades humanas, e os novos anseios, pelos cidadãos, de liberdades, frente aos velhos poderes.⁵

Tal constatação acima resta mais nítida quando se observa o próprio constitucionalismo, que nada mais representa do que um movimento histórico-político de contenção, limitação do exercício do Poder do Soberano, para com toda a sociedade.⁶

Sobreleva ressaltar que, em que pese rica e extensa a história das conquistas desses direitos, o presente estudo deterá sua análise a partir do que se convencionou chamar de Estado de Direito até os tempos atuais. Tal recorte torna-se indispensável para que se possa analisar mais detidamente os institutos pertinentes ao eixo temático.

2.1 ESTADO MODERNO: SUBMISSÃO DO SOBERANO AO ESTADO DE DIREITO

É largamente sabido que a concepção de Estado Moderno aparece a partir do desenvolvimento das teorias contratualistas, entre os séculos XVI e XVIII. Surge assim como um pacto social, assinado pelos cidadãos para com o Estado, a fim de melhor delimitar os exercícios das liberdades, que no “estado de natureza” eram ilimitadas, e organizar-se socialmente.⁷

⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 23.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Era de Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Acesso em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Disponível em: 13/10/2018. P.8

⁶ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.29

⁷ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional: uma ótica orientada pela sustentabilidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Portugal, 2014, p. 13. Disponível em:

Dessa forma, o pacto social nada mais é do que um instrumento pelo qual o cidadão confia ao Estado o papel de harmonizar interesses individuais e coletivos e assegurar os ideais de liberdade e igualdade. A reunião das pessoas através deste pacto e a conseqüente formação de um povo representou a soma de esforços pelos cidadãos, para a proteção e conservação da espécie humana.⁸

Antes de tudo, cabe fazer a rápida digressão sobre qual teria sido o marco para o surgimento do Estado. A tese do pensamento político que concebe o Estado como forma de organização política aduz que este existira na humanidade desde a antiguidade, sendo constituído a partir da dissolução da até então comunidade primitiva, marcada por laços de parentesco, e a conseguinte aglomeração das pessoas em prol da sobrevivência.⁹

Há, contudo, quem conceba o Estado apenas nessa versão do Estado Moderno, sendo o surgimento do Estado, portanto, um evento histórico que surge no dado momento da evolução humana, em que se supera a idade primitiva, caracterizada pelas barbáries e selvageria, e alcança-se a idade civil, marcada pela cidadania e civilidade dos indivíduos que o integram.¹⁰

Feita essa consideração, cumpre rememorar que, na Idade Média, período que precedeu a formação do Estado Moderno, o poder encontrava-se muito pulverizado, o que gerava muitas perturbações e incertezas. Conforme observou Mario de Conto, este é um período marcado fortemente pela influência da Igreja, fragmentação do poder político e divisão da sociedade em estamentos, “o que resultou na corrupção das instituições e na exploração econômica”.¹¹

Assim, conta a história que, sob o pretexto de melhor se desenvolver economicamente e dotar a nação de unidade política e militar, os reis e a burguesia unem esforços e centralizam o poder político, formando assim os Estados Absolutistas. Este estado, em suma:

<<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>> Acesso em: 14 out. 2018.

⁸ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Portugal, 2014, p. 13-14. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>> Acesso em: 14 out. 2018.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 14ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, p.73.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 14ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, p.73.

¹¹ DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 35. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 17 out. 2018.

puede ser definido como el monopolio de la fuerza que actúa sobre tres planos: jurídico, político, sociológico. Sobre el plano jurídico, con la afirmación del concepto de soberanía que confía al Estado el monopolio de la producción de las normas jurídicas, por lo que no existe un derecho vigente por encima del Estado que pueda limitar su voluntad. Sobre el plano político el Estado absoluto intenta absorber toda zona ajena a su poder de intervención y control, e impone uniformidad legislativa y administrativa contra toda forma de particularismo. Esto significa la destrucción del pluralismo orgánico propio de la sociedad corporativa estamental.¹²

Temos, então, nos dois séculos subsequentes ao que se convencionou chamar de Idade Média, o aperfeiçoamento da teoria da monarquia absolutista, que tinha como principais expoentes Jean Bodin e Thomas Hobbes. Este é um período marcado, essencialmente, pela condensação do poder político e pela formação dos impérios coloniais ibéricos ultracentralizados.¹³

Observou-se, contudo, com a experiência Absolutista, que a simples formação dos Estados Nacionais e a consequente centralidade do poder político não eram, por si só, capazes de atender aos anseios dos cidadãos. De nada adiantaria dotar o Estado de unidade econômica e política se inexistisse freios aptos a conter o arbítrio e os abusos no exercício do poder.

Observa-se que o poder concentrado nas mãos do soberano, muitas vezes, propiciava abusos, excessos, arbitrariedade. O período do Ancien Régime e a célebre frase de Luis XIV, “L’état c’est moi”, ilustra bem esta questão, uma vez que aqui, inexistindo direitos a reclamar, limites a se impor, os indivíduos eram meros submissos das ordens estatais, não possuindo voz ativa.¹⁴

A unidade antes almejada pela burguesia, a fim de melhor se desenvolver economicamente, passa a constituir no seu grande entrave, uma vez que a ausência de limites os desprotegia de eventuais intervenções arbitrárias pelos governantes em sua liberdade, em sua propriedade e em seus contratos. Assim, a classe que antes apoiara, se transformara na principal opositora.¹⁵

¹² MATTEUCCI, Nicola *apud* DE CONTO, MARIO. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 35. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 17 out. 2018.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.61

¹⁴ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Portugal, 2014, p. 19. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>> Acesso em: 14 out. 2018.

¹⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e método de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71

Em face assim aos abusos e perversidades perpetradas no Ancien Régime, começou a ecoar, de forma cada vez mais significativa, as doutrinas contratualistas. Estas não só deslocavam a soberania do Estado para o povo, como preconizavam a separação dos poderes, o liberalismo político e a existência de direitos inatos do homem.¹⁶

É diante dessa efervescência de ideias que ocorrem as revoluções liberais, quais sejam, as Revoluções Americana, Inglesa e Francesa. Esses movimentos iluministas, que marcam o constitucionalismo moderno, apesar das suas peculiaridades, comungavam da mesma ideia, a da limitação e racionalização do exercício do poder soberano, a partir de Constituições Escritas.¹⁷

Dessa forma, o grande marco do constitucionalismo moderno foi a imposição de óbices ao exercício do poder estatal, em privilégio às liberdades individuais. Funda-se, para isso, em três pilares, quais sejam: 1º) a limitação do poder, por meio da separação dos poderes; 2º) a salvaguarda dos direitos individuais, como delimitações negativas oponíveis ao Estado; 3º) a legitimação do governo pelos administrados, propugnando assim uma via, para época, mais democrática.¹⁸

A ruptura, advinda dos confrontos político-ideológicos da comunidade vis-à-vis o antigo regime, em decorrência de novas demandas e dos novos entendimentos da realidade social, inaugura em uma nova forma de organização política, sem precedente histórico, que:

consubstancia-se em leis gerais e abstratas que se propõem proteger juridicamente os indivíduos das más decisões governamentais, consubstanciando, então, um arcabouço de defesa advindo do homem, pois é a própria sociedade que, através de sua manifestação de vontade, participa nos rumos sociais, políticos e econômicos, rivalizando com o poder autoritário e totalitário que mascara seus interesses como se fossem de utilidade pública.¹⁹

¹⁶ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48-49.

¹⁷ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 07-ss. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%20e%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

¹⁸ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 60.

¹⁹ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional: uma ótica orientada pela sustentabilidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Portugal, 2014, p. 18. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

Este, portanto, foi o primeiro momento em que se consagrou direitos fundamentais de uma forma mais abrangente, universal. A tão dita *Magna Charta*, de 1215, pretérita a esse evento, em que pese tenha consagrado direitos fundamentais clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo penal, e o direito de propriedade, era restrita apenas a uma parcela da população. Eram assim, direitos, benefícios de casta, alijando do seu gozo, todo o resto da população.²⁰

De igual modo se posiciona Daniel Sarmento e Cláudio Pereira, pontuando que, em que pese no final da idade média tenha se desenvolvido ideias que, de certo modo, antecipavam a ideia do constitucionalismo moderno de contenção de poder, a exemplo da Magna Carta, estas não tinham caráter universal, sendo estritamente restritas a determinadas castas.²¹

É em face disso que conclui Norberto Bobbio ao discutir que é a partir deste momento, qual seja, o do surgimento do Estado de Direito, que as pessoas deixam de ser súditas e passam a ser cidadãs. Para ele, a pessoa apenas ostenta a condição de cidadã a partir do momento em que passa a ter reconhecido, pelo Estado, alguns direitos fundamentais. Ao seu ver, “o Estado de Direito é o Estado dos Cidadãos”.²²

Ademais, ressalta o nobre jurista que o advento do Estado Moderno corroborou e muito com a afirmação dos direitos do homem. No seu sentir, o Estado de Direito propiciou, em boa medida, uma radical inversão da perspectiva da representação política entre Soberano/Súdito e Estado/Cidadão, que passou a ser encarada:

cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos.²³

Impende destacar que é a partir do advento do Estado Moderno que começa a aparecer e se afirmar os primeiros direitos fundamentais. Na sucessão disso, outros direitos fundamentais vieram, ao longo dos anos, a ser conquistados, constituindo assim as ditas gerações de

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 41

²¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 57

²² BOBBIO, Norberto. **Era de Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. P. 06-30. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 13 out. 2018.

²³ BOBBIO, Norberto. **Era de Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. P. 07. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 13 out. 2018.

direitos. Estas, importa dizer, não se destinavam à sobreposição de umas às outras, e sim, à complementação, ampliação do escopo protetivo da pessoa humana.²⁴

Calha frisar também que a concepção de Estado Moderno, Legal ou de Direito, conforme será analisado adiante, advém primeiramente da concepção do modelo liberal estado, sobretudo por serem estas as ideias dominantes da época. Importa salientar, contudo, que as ideias e concepções de Estado de Direito não são estanques, mas progredem, conforme se verá, com o passar do tempo.²⁵

Percebe-se, portanto, o quão relevante fora este marco histórico para o processo civilizatório, haja vista a significativa conquista do cidadão e da sociedade em face ao Estado, seja através da submissão do governante ao direito, seja através do reconhecimento dos direitos absenteístas, os quais vedam a penetração do Estado em determinadas esferas do indivíduo.

2.2 ESTADO LIBERAL

É preciso destacar, primeiramente, a polissemia que o termo “liberal” pode assumir. Interessa para o presente estudo, contudo, apenas se debruçar sobre duas concepções, quais sejam: o liberalismo jurídico, que se traduziria em um modelo de Estado atento às garantias individuais dos indivíduos; e o liberalismo econômico, como concepção que pugna pela postura absenteísta do estado frente ao mercado, deixando o próprio se autorregular.²⁶

Conforme fora dito acima, o modelo liberal de estado é o primeiro modelo de estado “democrático” a se contrapor à lógica, até então vigente, do Estado Absolutista, no qual o poder quedava concentrado, de forma irrestrita, nas mãos de um soberano, e a sociedade era

²⁴ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Portugal, 2014, p. 20. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>> Acesso em: 14 out. 2018.

²⁵ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Portugal, 2014, p. 19. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>> Acesso em: 14 out. 2018.

²⁶ SETTEMBRINI, Dominico. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1 ed. João Ferreira (coord). João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís (rev.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 688.

estratificada e marcada por odiosos privilégios do clero e da nobreza às custas do Terceiro Estado.

Destaca-se assim que o grande mérito deste estado reside justamente por ter sido o primeiro a se contrapor aos clássicos privilégios estamentais e à concepção organicista da sociedade, que concebia a lógica de direitos e deveres de cada um a partir da posição ocupada pela pessoa na sociedade.²⁷

A partir desse momento, a sociedade deixa de ser idealizada como um organismo social, formada por castas, cujas funções já quedavam preestabelecidas, e passa a ser concebida como um grupo de pessoas, iguais entre si. As funções exercidas pelos cidadãos, então, deixam de decorrer da camada social na qual o sujeito está inserido, resultando da manifestação da vontade humana.²⁸

2.2.1 Contexto histórico

Conforme é largamente sabido pela história, o modelo de Estado que antecede o Estado Liberal é um modelo de Estado segregado por castas, estratificado, no qual o dito Terceiro Estado, cujos membros são os remanescentes aos dois primeiros estamentos, suportava não só os custos de manutenção da máquina estatal como também dos odiosos privilégios conferidos aos membros do Clero e da Nobreza, que compunham o primeiro e segundo estados, respectivamente.

Nota-se com o passar do tempo que, à medida que se disseminava os ideais iluministas, o poder político do Rei se esvaía, enfraquecia, desestabilizando por consequência todos os estamentos da sociedade. Soma-se a isso, nesse momento histórico, a completa ausência de legitimidade dos dois primeiros estamentos, quais sejam o clero e a nobreza, para reivindicar o poder político, uma vez que se encontravam completamente desgastados dos seus odiosos privilégios.²⁹

²⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78

²⁸ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.153

Pois bem, é neste espaço de poder e inspirado na ideia política *de O que é o Terceiro Estado?* de Abade de Sieyès que o *Tiers Etat*, cujo principal porta voz era a burguesia, urge no cenário político, aproveitando-se do vácuo de poder então existente para disseminar as suas ideias.³⁰ Com isso, o século XVII é marcado intensamente pela efervescência de ideologias contestadoras das tradicionais crenças e verdades.³¹

A dita “crise de consciência europeia” fez com que eclodisse na população agudas reflexões no tocante à racionalidade dos dogmas tradicionais orientadores da sociedade. Desperta-se nesse momento de grande inquietação humana questões até então relegadas ao ostracismo, como o sentimento de liberdade, a necessidade de harmonia social e a consciência dos riscos representados pelo poder irrestrito do soberano.³²

Diante disso, observa-se que a razão, o ceticismo, o desejo a liberdades individuais e a repulsa às velhas instituições suplantam a fé indissolúvel, o senso de autoridade, a lealdade à Igreja e ao rei, a crença nos antigos dogmas que orientavam, até então, a sociedade.³³ Há, assim, a ruptura da ideologia:

de uma civilização baseada na ideia do dever, dever para com Deus, dever para com o príncipe; os novos filósofos tentam substituir por uma civilização baseada na ideia de direito: os direitos de consciência individual, direitos de crítica, direitos do homem e do cidadão, enfim, direitos da razão.³⁴

O desgaste, para se ter noção, era de tal ordem que os revolucionários, ao tomarem o poder, não só destruíram, sem pesar, inúmeros símbolos e monumentos históricos, como alteraram diversas concepções tradicionais, como o marco para a contagem do ano cristão, o modo de aferição de pesos e medidas etc.³⁵

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.156

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.60.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.60/61.

³³ MAGRI, Dirceu; HAZARD, Paul. **La crise de conscience européenne: 1680-1715**. PARIS: FAYARD, 1961, p. 02. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/nonplus/article/download/56406/83603/+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁴ ³⁴ MAGRI, Dirceu; HAZARD, Paul. **La crise de conscience européenne: 1680-1715**. PARIS: FAYARD, 1961, p. 03. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/nonplus/article/download/56406/83603/+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142-143.

Visualiza-se assim de forma nítida que a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, materializaram essa nova ordem de ideias que resultaram em uma verdadeira mudança civilizatória. Salienta Konder Comparato que a partir desse momento há o reconhecimento solene não só dos primeiros direitos humanos, em especial, os direitos de liberdade e igualdade, como também de que é ínsito a todos os homens, pela sua própria natureza, a vocação ao aperfeiçoamento constante de si próprios.³⁶

2.2.2 Direitos fundamentais de 1ª geração

É diante do contexto narrado acima que os movimentos revolucionários inflam, ganham adeptos e rompem com o até então estado de coisas, dando início a um novo marco civilizatório. Observa-se nas mais diversas declarações e documentos da época que é a partir desse momento que há a consagração da dita primeira geração de direitos fundamentais.

É preciso dizer que os primeiros direitos fundamentais contemplados em face ao Estado, muito associados aos direitos individuais e à autonomia do indivíduo, surgem para valorizar a dimensão individual do homem, em detrimento daquela que o associava, de forma determinante, a um dado estamento.³⁷ Este, conforme já fora dito, é o primeiro momento no qual a visão organicista do Estado cede lugar à visão atomizada da sociedade, que privilegia o ser humano, ao reputar todos iguais. A partir desse momento em que passa a figurar o cidadão como sujeito central, tem-se que o governo é para os indivíduos e não os indivíduos pelo governo.³⁸

Cumprido ressaltar que esses direitos consagrados nas Constituições Escrita do século XVII são oriundos:

do pensamento liberal-burguês do Século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.62/63

³⁷ DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 37. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 17 out. 2018.

³⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 125

especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”³⁹

A razão de ser da natureza desses direitos decorre justamente da ideologia do constitucionalismo moderno ou liberal-burguês, que, essencialmente, acreditava ser a proteção dos direitos fundamentais restringida à limitação do poder político estatal. Demarcou-se assim a possibilidade de atuação do Estado, criando as zonas de não intervenção, justamente por se conceber este como o grande inimigo, ameaça aos exercícios das liberdades.⁴⁰

Destaca Paulo Bonavides que segundo o ideal liberal seria o Estado aquele ente a atemorizar o indivíduo. O poder, que é próprio da organização estatal – e a ela imprescindível –, nesse tempo histórico, era visto como rival da liberdade individual, capaz de tolher esta.⁴¹ As teorias da época refletiam o enorme trauma da sociedade com todas as perversidades e abusos perpetrados no Ancien Régime. Observa-se, desse modo, que estas concebiam o Estado com o mínimo de poderes possíveis, outorgando-se assim apenas o suficiente para que restasse asseguradas as liberdades individuais, a segurança e a estabilidade das relações interpessoais.

Tal questão resta ainda mais clara quando se analisa os direitos elencados no art. 2º, da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, *in verbis*: “Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

A natureza marcadamente absentéista dos direitos consagrados acima refletem muito o momento histórico vivido e o desejo da população, sobretudo da classe burguesa, de pouca intervenção estatal.⁴² Por isso, se observa que os direitos efetivamente consagrados constituíam verdadeiras barreiras impenetráveis ao Estado, como a propriedade, o exercício das liberdades cívicas, a vida etc.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 28

⁴⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40

⁴² NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 78

Segundo Rousseau, é a partir deste momento que os cidadãos recuperam parte da liberdade primitiva cedida em prol da constituição de um Estado. No seu entender, a constituição deste perpassava justamente pela cessão momentânea dos direitos naturais que, posteriori a formação, seriam restituídos a todos, sob uma nova roupagem, qual seja a de direitos civis. O cidadão passa, dessa forma, a ter reconhecido juridicamente pelo Estado, direitos que já possuiriam por natureza.⁴³

A par da natureza desses direitos, é preciso dizer que a partir da promulgação desses documentos, que por fim resguardam a dignidade de todos, de forma indistinta, há uma profunda alteração nos fundamentos da legitimação política. Pela primeira vez, o titular do poder político passaria a ser o povo, sendo os governantes seus representantes fiduciários.⁴⁴

2.2.3 Modelo de Estado

O Modelo de Estado liberal segue a lógica dos próprios direitos consagrados, quais sejam, as liberdades negativas. O Estado aqui abdica, renuncia a qualquer compromisso no que tange ao fomento do bem comum. “Este só se alcança quando os indivíduos se entregam à livre e plena expansão de suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo da natureza estatal.”⁴⁵

A intervenção estatal assim deveria ser mínima, cirúrgica, cabendo apenas nos casos em que se visasse assegurar as liberdades individuais dos cidadãos.⁴⁶ Essa percepção da corrente liberal decorreria da crença de que a “mão invisível do mercado” proporcionaria a realização do bem comum.⁴⁷

Insta frisar que um dos pontos fulcrais do ideário liberal é o mercado natural, ou seja, livre das artimanhas do Estado. Prega-se com isso a autorregulação do mercado pelos próprios *players*, sem amarras de qualquer natureza, sem restrições quanto à produção, sem ingerência estatal. O direito, principal instrumento para realizar tal pretensão, se detinha a regular a propriedade,

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.63

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40

⁴⁶ MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. p. 04. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf> Acesso em: 23 out. 2018.

⁴⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78

os contratos, apenas como institutos jurídicos, despidos assim de qualquer política econômica.⁴⁸

A razão de ser deste pensamento, conforme já fora dito, deriva justamente da busca incessante pela antítese de tudo o que o Estado Absolutista representava. Visava-se encontrar uma saída eficaz contra o poder do soberano, que tudo podia.⁴⁹

Neste momento histórico, é cediço que o cidadão se encontrava traumatizado com os mandos e desmandos do Estado, revelando, desse modo, grande preocupação em face às instabilidades e incertezas nas relações travadas.

Percebe-se, então, com certo grau de evidência que, na teorização do Estado Liberal, há uma separação entre Estado e Sociedade. Este primeiro existiria, como um ser abstrato, fruto da racionalidade, para assegurar a segurança dos cidadãos.⁵⁰ De igual modo é a percepção de García Pelayo, vejamos:

El Estado, organización artificial, ni debía, ni a la larga podía, tratar de modificar el orden social natural, sino que su función habría de limitarse a asegurar las condiciones ambientales mínimas para su funcionamiento espontáneo y, todo lo más, as intervenir transitoriamente para eliminar algún bloqueo a la operacionalización del orden autorregulado de la sociedad. De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginado como dos sistemas distintos, cada uno de límites bien definidos, con regulaciones autónomas y con unas mínimas relaciones entre si.⁵¹

Impende rememorar que o Terceiro Estado, enquanto grupo, se rebelara a fim de que houvesse uma melhora na qualidade de vida de todos os seus membros. A famosa tríade “liberdade, igualdade e fraternidade”, orientadora da revolução, representava os verdadeiros

⁴⁸ MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** P. 04. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁴⁹ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 08. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵⁰ DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica.** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 38. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁵¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel apud DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica.** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 40. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2018.

anseios de todo um conjunto de cidadãos, que na condição de Terceiro Estado, encontravam-se marginalizados, desfavorecidos.⁵²

A burguesia, contudo, vislumbrada por uma crescente prosperidade econômica e maior participação política, relegou os standards da revolução a um plano meramente formal. Essa classe, após deter o poder político como representante do povo, apenas se organizou institucionalmente para garantir seus interesses próprios.⁵³

A transferência da soberania do monarca para nação é um avanço que, contudo, conforme se observava *posteriori*, implicou em algo bem diverso à soberania popular. Tal percepção resta nítida quando se constatava a série de requisitos e condicionamentos exigidos, muito relacionados à posse ou exercício de determinados ofícios, para a participação política do cidadão, o que marginalizava uma força numérica expressiva.⁵⁴

Havia assim uma grande contradição entre o discurso revolucionário e a prática, sobretudo no tocante à igualdade. Repara-se que, em face a tais exigências, tal equidade não escapava do terreno formal, fazendo assim com que as demandas dos menos abastados não fossem sequer levadas e consideradas no espaço institucional do parlamento.⁵⁵

Em que pese muito tenha se avançado nas questões relativas à representação e a soberania popular, frente ao que se concebia na época, percebe-se que o exercício democrático ainda era muito restrito a uma parcela específica da comunidade. Há por isso quem diga que o triunfo fora exclusivamente do liberalismo, e não da democracia. Esta, para quem assim entende, só fora conquista após novos derramamentos de sangue, em 1848.⁵⁶ Não é à toa que o Estado

⁵² CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional:** uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 13-14. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵³ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional:** uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 21. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵⁴ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção:** a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 11. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 78.

⁵⁶BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43-44.

Liberal passou a receber a alcunha de Estado Burguês, uma vez que nitidamente se constatava toda uma sistematização deste a fim de favorecer essa nova classe ascendente. Logo, o Estado que surge virara o que fervorosamente se combatia e temia até então, que era justamente o uso do Jus Imperii para o favorecimento de uma dada camada. Esta, em relação ao Ancien Régime, apenas alterara, passando a burguesia de classe dominada, a dominante.⁵⁷

A própria disposição do Estado revela claramente essa questão, ao ter que se curvar: 1º) ao Império da Lei, devendo o Estado agir conforme o direito; 2º) à Separação dos Poderes, que evitava a aglomeração de poder em um único órgão, “limitando o poder pelo poder”; 3º) através da positivação de direitos e garantias fundamentais, óbices intransponíveis e norteadores do agir estatal.⁵⁸

No que tange à teoria da separação dos poderes, observa-se, posteriormente, que esta teoria se apoiara na falsa premissa de que os poderes estariam “modelarmente separados e mutuamente contidos, com a ideia de que o poder detém o poder”. A partilha de poderes, insta ressaltar, não representava e não representou, conforme a história constatara, necessariamente uma determinada forma de estado, qual seja, a de um Estado Democrático, conformando-se assim neste momento, por exemplo, em uma monarquia constitucional, sob o domínio burguês.⁵⁹

A teoria da separação dos poderes não refletiu, no primeiro momento, na paridade entre os poderes. Observa-se, por exemplo, que o Estado Liberal se traduzira em um Estado Legislativo de Direito. Havia, desse modo, uma hegemonia do Parlamento, ocupada pelos burgueses, em face aos demais poderes, justamente pelo fato deste órgão, ao menos em tese, “refletir a instância veiculadora da vontade do cidadão.” Restava então aos demais poderes, não o controlar, mas sim se curvar as escolhas dos enviados do “povo”.⁶⁰

⁵⁷ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 11-12. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵⁸ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 09. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45

⁶⁰ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 10. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

Observa-se, de igual modo, que a bandeira burguesa que pregava a submissão do Estado ao Império da Lei e assim a “vontade geral” do Parlamento, da qual a classe muito se serviu para alcançar a hegemonia política, apenas no primeiro instante coincidiu com os anseios da coletividade.⁶¹

A posteriori, contudo, se constatara que esta submissão a “vontade geral” do Parlamento nada mais simbolizava do que mais um instrumento em favor da consolidação da hegemonia da burguesia, que por compor a esmagadora maioria do legislativo, editava as leis conforme seus interesses. Portanto, serviu a lei como grande instrumento para manutenção e consolidação dessa classe social como a dominante.⁶²

Nesse sentido, percebe-se que a dogmática jurídica, em face à composição do parlamentar, se encontrava a serviço da classe dominante, conferindo conforme desejado, certeza e segurança as relações jurídicas. Partia-se da ideia da universalidade e completude do ordenamento jurídico, restringindo, para não haver riscos, a atividade do intérprete à mera declaração, subsunção lógica da lei.⁶³

Por fim, cumpre destacar que os próprios direitos fundamentais consagrados, como a liberdade, propriedade, as liberdades cívicas, assim o foram por conta das necessidades da classe dominante.⁶⁴ Vigorava, desse modo, com tamanha intensidade, o princípio da autonomia da vontade, que pressupunha a igualdade formal e o livre arbítrio do cidadão.⁶⁵

⁶¹ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 02. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁶² NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 03. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁶³ DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 38. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁶⁴ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 09. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁶⁵ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 13. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

A ideia de liberdade, neste momento, era muito mais relacionada à autonomia privada do indivíduo, livre da ingerência estatal em suas ações, do que à autonomia pública do cidadão, assim relacionada ao exercício democrático e à soberania popular.⁶⁶

Assim, essas primeiras liberdades conquistadas eram, para a maior parte do povo, apenas aparentes, afastadas da realidade: não lhes forneciam condições reais de exercê-las. Além disso, é de se notar que eram estas basicamente liberdades econômicas, não liberdades que dizem respeito à existência dos indivíduos.⁶⁷

Por conseguinte, diz-se, em face de tudo que fora exposto, que esse primeiro estado jurídico experimentado refletia apenas a concepção liberal burguesa, disseminada, contudo, como ideias afeitas a toda a coletividade. Nota-se que esta classe insuflou as demais, despertando a consciência apenas nos pontos que lhe importava, como as liberdades negativas.⁶⁸ Diante disso, observa-se que a burguesia:

Falava ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, conforme já assinalamos, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir.⁶⁹

Formou-se então, a partir do engenhoso ideário liberal-burguês, uma monarquia constitucional sobre o domínio burguês. Esta enquanto camada social vanguardista da soberania – que apenas formalmente recaía sobre o povo – apenas desvelou, ao governar, o pouco caso que o ideário liberal fazia à participação popular na tomada de decisões da sociedade e a teoria que propunha a participação igualitária pelos cidadãos.⁷⁰

Observa-se a partir de Fabio Konder Comparato que o clero e a nobreza, nesse momento ainda de efervescência revolucionária, nada podiam aludir, ou se contrapor ao domínio do poder pelos burgueses. O risco de se contrapor a essa camada, tida como quase sagrada, era ser considerado antipatriota, traidor da revolução.⁷¹

⁶⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 79

⁶⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 79

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50

⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos.** VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.156

O poder contaminara a burguesia, que relegara os standards da revolução francesa, bem como os interesses das demais classes que lhes apoiaram a romper o *status quo*. Essa classe, em verdade, se tornara no que mais repugnava até então, valendo-se do poder para a realização de seus interesses e manutenção da sua hegemonia.

2.2.4 Da insuficiência deste modelo

Analisa Fabio Konder Comparato que o advento do Estado Liberal, através das Declarações de direitos do final do sec. XVII, alterou drasticamente a perspectiva do indivíduo em sociedade, libertando-o das amarras de grupos pelos quais encontrava-se tradicionalmente submisso, quais sejam: a família, a igreja, o clã, o estamento.⁷²

Em contrapartida a isso, há de se ressaltar que o indivíduo ficou muito mais propenso, muito mais exposto às vicissitudes humanas. O tempo mostrara a insuficiência do ideário liberal, até então vigente, que só se atentava para estabilidade e igualdade perante a lei dos cidadãos.⁷³

A igualdade meramente formal, que punha o patrão e os empregados em pé de igualdade, propiciava desequilíbrios ridículos, que resultavam, cada vez mais, no empobrecimento, na marginalização e na revolta das classes subalternas.⁷⁴ Quanto a isso, salienta Paulo Bonavides que:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.⁷⁵

A liberdade que se tinha à época, assim, era a liberdade burguesa, que só nominalmente se ampliava às demais classes. Não havia prejuízo algum para burguesia, que se aproveitava “da

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.65

⁷³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65

⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59

ausência de condições materiais que permitissem as massas transpor as condições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal”.⁷⁶

Percebe-se, ao fim, que o movimento iluminista, que tinha a razão como principal mote, se ateve muito mais a combater a espécie de tirania monárquica existente, do que assegurar um sistema de plúrimas liberdades. A liberdade, então, se restringiu à derrogação de todos os entraves relacionados à existência de estamentos ou corporações de ofício.⁷⁷

A história mostrara a insuficiência do modelo de Estado Liberal, tal como fora engendrado, em face às demandas de toda a sociedade. Percebeu-se que mesmo a liberdade, em excesso, é nociva. Aliás, como preceitua Dominique Lacordeire, “entre o fraco e o forte, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o empregado, a liberdade oprime, e a lei liberta”.⁷⁸

Nesse mesmo sentido preconiza Avelã Nunes, pontuando que a realidade mostraria, posteriormente, que o ideário liberal de que a economia e a sociedade, abandonadas por si mesmas, e pautadas pela lógica do livre mercado e da mão invisível, chegariam a um resultado apto a propiciar condições de vida nos melhores níveis, não encontra guarida nos resultados históricos produzidos pela reprodução de tal lógica.⁷⁹ Para ele:

Este pressuposto liberal falhou em virtudes de vários fatores: progresso técnico, aumento da dimensão das empresas, concentração de capital, fortalecimento do movimento operário (no plano sindical e no plano político) e agravamento da luta de classes; aparecimento das teorias ideologias negadoras do capitalismo.⁸⁰

É cediço que o liberalismo econômico, no primeiro instante, proporcionou o ligeiro incremento da economia capitalista, algo inimaginável sem a consagração da liberdade de ofício, do direito de propriedade etc. O passar do tempo, contudo, mostrara o preço disso. Se por um lado a classe burguesa, que dominava o Parlamento por conta do sufrágio censitário e

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.148/150

⁷⁸ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 13. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁷⁹ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 03. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁸⁰ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 03. Disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

assim elaborava as leis, concentrava riqueza, por outro o operariado vivia em condições de penúria, desamparado tanto pelos órgãos de classes, como pelo poder público.⁸¹

Nota-se que as Revoluções Liberais ocorridas no fim do século XVIII, paradoxalmente, acabaram por instituir um direito de classe, não contemplando e amparando assim toda a coletividade. Um bom exemplo disso é a tão aclamada liberdade perante o Estado, que lastreada nos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual, apenas acarretou em uma verdadeira servidão econômica.⁸²

Com isso, importa dizer que as ordens jurídicas oitocentistas, de maneira bem nítida, favoreciam a hegemonia política burguesa em detrimento das demais classes.⁸³ Por conta disso, diz-se que o reconhecimento dos direitos fundamentais pelo Estado Burguês, em verdade, se tratou de um mero simulacro, de uma mera formalidade, uma vez que inexistia qualquer compromisso deste pela materialização daqueles.⁸⁴

As massas, assim, com o passar tempo, perceberam que a proposta absenteísta burguesa, aversa a intervenções estatais, nada mais visava do que a manutenção do *status quo*, ou seja, desta classe na posição dominante.⁸⁵

É preciso dizer que em meados do século XIX o mundo já era outro em relação ao que concebera o Estado Liberal. O ideário liberal-burguês absenteísta já não mais satisfazia aos anseios de uma sociedade marcadamente transformada pela revolução industrial.⁸⁶

⁸¹ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 14. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸² LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 14. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸³ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 14. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸⁴ DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica.** Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 41. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2018.

⁸⁵ MORAES, Ricardo Quartim de. **Evolução histórica do estado liberal ao estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509938/001032358.pdf>>. Acesso em: 31/01/2019 P. 5

Percebeu-se que esse absentéismo demasiado propugnado “podia dar ensejo não a um encolhimento do poder estatal, mas, bem ao contrário, à instauração de um novo autoritarismo político.”⁸⁷

A crescente marginalização e condição de penúria despertou no operariado um sentimento de hostilidade, de aversão à ordem posta, de luta de classes. Percebe-se nesse momento que as ideias do Manifesto Comunista, recém-publicado, ecoavam cada vez mais forte, sobretudo nos seios das classes aviltadas pela exploração.⁸⁸

Importa dizer que, para além do movimento marxista, outros pensadores e entidades começaram, à época, a denunciar os abusos oriundos desse excesso de liberdade, a exemplo do socialismo-utópico, assim como da “doutrina social da Igreja”, a partir da Encíclica Rerum Novarum. Esta última, editada pelo papa Leão XIII, denunciava não só os excessos do capitalismo, como suplicava uma intervenção do Estado junto aos mais pobres.⁸⁹

A significativa pressão social das classes subalternas, em face dessa efervescência de ideias, somada ao fundado receio da classe burguesa de uma ruptura revolucionária, implicaram em uma verdadeira necessidade de reflexão acerca de qual deva ser a postura do Estado, mudando radicalmente a concepção de estado.⁹⁰

⁸⁶ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 13. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos.** VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.159/160

⁸⁸ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 15. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁸⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 80

⁹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 80

2.3. ESTADO SOCIAL

Conforme salienta Miguel Calmon Dantas, o movimento constitucionalista, enquanto movimento destinado a melhora da sociedade, ao aprimoramento das relações humanas, é contínuo, permanente. É nesse contexto que aparece o Estado Social, surgindo como uma resposta aos excessos de poder do legislativo, assim como aos abusos do poder econômico.⁹¹ Esse estado surge a partir da necessidade da filosofia e sociologia política da época revisitarem o conceito de liberdade.

Constatou-se que o grande equívoco da concepção clássica de liberdade era ignorar que os homens não são dotados de igual capacidade. Percebeu-se que essa concepção fechava os olhos para incontáveis desigualdades existentes das mais diversas ordens, a exemplo das econômicas, sociais, pessoais.⁹²

O discurso assim não mais se coadunava com realidade. Denunciava-se com cada vez mais pujança a nítida contradição existente no momento, uma vez que ao tempo em que o liberalismo rogava pela liberdade dos cidadãos, o operariado vivia sob condição de penúria, marginalizado e oprimido pelas forças econômicas.⁹³

A ideologia de esquerda ecoava cada vez mais forte, propiciando uma turbulência institucional insustentável. Sob a ameaça real de uma ruptura revolucionária, a burguesia, com medo da pujança dos ideários de esquerda, se tocara que era tempo de mudanças.⁹⁴ Dessa forma, cedeu-se a enorme pressão existente, e o Estado fora realizando algumas concessões, estendendo, a exemplo, aos poucos, o direito ao sufrágio, o que fez com que o parlamento passasse, de igual modo, a refletir sobre as tensões de classe vividas no seio da sociedade. Há quem diga, inclusive, que esse fator político fora chave para as transformações, revoluções e mudanças da sociedade.⁹⁵

⁹¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 48-49.

⁹² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 61

⁹⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 16

⁹⁵ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014, p. 14. Disponível em:

Importa dizer assim que o Estado Social surge como uma medida conciliatória em relação ao marxismo, que conclamava a tomada a força do poder da burguesia. Karl Marx, por exemplo, irredimido com a desmedida exploração, entendia que a ruptura revolucionária era o único caminho hábil a expurgar a burguesia, classe opressora, do poder.⁹⁶ É por conta disso que é preciso alertar que o aparecimento da legislação social:

[...] não se deve, aliás, de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária, senão em verdade, os imperativos da sobrevivência burguesa, precisamente pelo fato de a teoria marxista haver dado ao trabalhador as armas de que ele necessitava e das quais soube fazer copioso e imediato uso.⁹⁷

Percebe-se que enquanto o direito civil napoleônico fora um direito de classe, instituído em favor da burguesia, o direito social, na figura do Estado Social, nada mais representara do que um “direito de compromisso”, compromisso este destinado não necessariamente à equalização de forças, e sim à anestesiação do proletariado.⁹⁸

Lucra-se nesta equalização tanto o trabalhador, que passa a ter seus pleitos mais prementes atendidos, contendo de certa forma a ordem, até então, egoística, como a classe burguesa, que em troca de suas concessões humanistas, assegura a sobrevivência tanto da classe como da ordem capitalista.⁹⁹

Voluntário ou não, o advento do assim chamado constitucionalismo social muda de forma significativa a postura do Estado. Se no dito Estado Liberal ele era o “guarda noturno”, destinado apenas a assegurar a segurança, a estabilidade do cidadão e dos negócios, no Estado Social ele assume uma postura muito mais ambiciosa, intervindo intensamente na ordem econômica e na ordem social, a fim de assegurar um melhor bem-estar dos cidadãos.¹⁰⁰

O Estado, desse modo, imbuído no ideal de promover a igualdade material, através de políticas públicas redistributivas, assim como no ideal de melhor amparar os mais necessitados, fornecendo-lhes os serviços públicos indispensáveis, passa a ser um grande ator

<<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20e%20mergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 177

⁹⁸ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 04. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf. Acesso: 27 out. 2018.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184

¹⁰⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 81

político, ou melhor, protagonista na vida da sociedade.¹⁰¹ Então, este passa a intervir sistematicamente na vida em sociedade, realizando grandes obras públicas; investimentos, que em face da indução estatal eram aptos a propiciar um ciclo econômico positivo; fomento ao emprego; regula o salário, moeda; intervém na propriedade privada, em face do descumprimento de sua função social; promove políticas públicas econômicas e sociais etc.¹⁰²

O objetivo do Estado Social, por assim dizer, seria o de criar condições de liberdade, liberdade esta não meramente jurídica, e sim de fato, de forma indistinta para todos. Essas condições reais, contudo, apenas decorreriam a partir da correção, ou ao menos, atenuação das desigualdades, visto que se constatara a insuficiência da mera previsão legal de igualdade.¹⁰³ Adverte Avelã Nunes, que a conceituação de Estado Social nem sempre, no transcorrer da história, foi pacífica. Esse mar de ambiguidades, inclusive, veio a resultar em concepções, bem como realizações, bastante distintas na humanidade, a exemplo do estado fascista e do estado de providência, ambos tidos, ao seu tempo, como Estados Sociais.¹⁰⁴

Apesar dessa penumbra, sempre se identificou como pontos-chaves, no que se refere à responsabilidade social do Estado: 1º) o compromisso do estado com a perpetuação da paz e com a garantia de condições dignas de vida, aos seus cidadãos, a partir do seu trabalho; 2º) o engajamento do Estado no sentido de proporcionar a todos as mesmas oportunidades de acesso ao bem-estar, seja através de políticas redistributivas, seja através de investimentos em políticas públicas; 3º) o compromisso do Estado em viabilizar a todos os cidadãos a possibilidade de participação na vida política.¹⁰⁵

Jorge Miranda salienta como êxito do Estado Social justamente o fato de ter extraído como corolário lógico do princípio da soberania o princípio do sufrágio universal. Este último, ao seu ver, viabilizaria a conquista de cada vez mais direitos sociais, visto que propiciaria a alternância de um parlamento marcadamente burguês para um parlamento heterogêneo,

¹⁰¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. **Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 81

¹⁰² NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. **Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 81

¹⁰³ MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do Estado Social**. P. 05. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁰⁴ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 05. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf. Acesso em: 27 out. 2018.

¹⁰⁵ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 07. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf. Acesso em: 27 out. 2018.

democrático, preocupado com demandas até então relegadas a um segundo plano.¹⁰⁶ Agora, conforme bem ressalva Daniel Sarmento:

O constitucionalismo social não renega os elementos positivos do liberalismo — a sua preocupação com os direitos individuais e com a limitação do poder — mas antes pugna por conciliá-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo. Ele implica a adoção de perspectiva que enriquece o ideário constitucionalista, tornando-o mais inclusivo e sensível às condições concretas de vida do ser humano, no afã de levar as suas promessas de liberdade e de dignidade também para os setores desprivilegiados da sociedade.¹⁰⁷

Percebe-se, desse modo, que o constitucionalismo social é uma resposta que surge não para criar um novo modelo de Estado e sim para aperfeiçoá-lo. Os direitos sociais, portanto, são direitos que nascem não para extirpar os direitos e garantias individuais, como o direito à propriedade, mas sim para aprimorá-los, complementá-los, visando assim a uma maior justiça social.

2.3.1 Direitos fundamentais prestacionais

É preciso, antes de tudo, começar dizendo que os ditos direitos prestacionais, ou direitos de segunda geração, que nada mais seriam do que os direitos “sociais, econômicos e culturais”, visavam não substituir os que historicamente lhes procederam, e sim somá-los, complementá-los, robustecendo a proteção do ser humano.

Por conta do caráter sugestivo do vocábulo “geração”, que pode transpassar, certas vezes, a ideia equivocada de superação, suplantação, a doutrina nacional e estrangeira tem preferido se valer do termo “imensões” dos direitos fundamentais. Enfatiza-se assim o caráter progressivo dos direitos fundamentais, que se cumulariam, complementariam, propiciando uma gradativa proteção do ser humano.¹⁰⁸

Dito isso, cumpre analisar o que seriam os ditos direitos prestacionais. Esses direitos, densificados pelo princípio da justiça social, nada mais seriam do que direitos a prestações materiais estatais, à “participação do bem-estar social”. Aqui, a liberdade obtida seria não do,

¹⁰⁶ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. P. 04. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁰⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 81

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46

ou perante o Estado, mas sim por intermédio deste.¹⁰⁹ Seriam assim verdadeiros direitos de crédito do cidadão, uma vez que autorizam o cidadão a pleitear, exigir determinada prestação ao Estado. A razão de ser não é outra do que a de tentar concretizar substancialmente o princípio da igualdade, amparando os hipossuficientes. Percebe-se que, sem estes, as ditas liberdades públicas seriam, para muitos, meras “fórmulas vazias”.¹¹⁰

Pontua Bobbio que enquanto os direitos de 1ª geração, ditos direitos individuais, consistiriam em *liberdades*, os direitos sociais, nada mais seriam do que *poderes*. Isso porque, ao passo que os primeiros consistiriam em obrigações meramente negativas, implicando apenas na abstenção de comportamento de todos, inclusive do poder público, os segundos apenas subsistiriam, enquanto obrigações positivas, se exigidos, demandado aos outros, incluindo o Poder Público.¹¹¹

Destaca Jorge Miranda que todos os direitos fundamentais afetam a esfera jurídica do cidadão, alterando-se apenas a dimensão atingida. Assim, se por um lado os direitos e garantias individuais se traduzem em libertação e proteção do poder, assegurando a autodeterminação dos indivíduos, a vida, a incolumidade e a contenção do exercício do poder, por outro os direitos sociais, como direitos de promoção ou “proteção da necessidade”, de não menos importância, visam resguardar o livre desenvolvimento das potencialidades humanas, a liberdade mais ampla e efetiva dos cidadãos, a esperança de uma vida melhor.¹¹²

Altera-se assim apenas o viés, que nos direitos sociais está voltado à árdua tarefa de dirimir duas questões primordiais da realidade social: a exigência de desigualdades e de situações de necessidade, advenientes tanto das condições ínsitas às próprias pessoas, quanto condicionantes exógenas a estas (econômicas, sociais, geográficas).¹¹³

Identificado os óbices ao pleno exercício das liberdades humanas, os direitos sociais buscam a superação de tais obstáculos, estabelecendo, por conseguinte, uma relação solidária entre

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47

¹¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **Era de Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. P. 14-15. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf> Acesso em: 13 out. 2018.

¹¹² MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do Estado Social**. P. 05. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹¹³ MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do Estado Social**. P. 05. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

todos os membros de uma dada comunidade política.¹¹⁴ Assim, conforme brilhantemente aduz José Eduardo Faria:

Os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam em um tratamento formalmente uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.¹¹⁵

Dito isso, importa destacar, por fim, conforme bem pondera Ingo Sarlet, que em que pese essa segunda geração de direitos seja mais conhecida pelas suas prestações materiais, esta, unicamente nestas não se encerra, compreendendo também as liberdades sociais¹¹⁶, as quais, contudo, não serão aqui analisadas, por não serem o objeto deste estudo.

2.3.2 Gerações do Estado Social

2.3.2.1 1ª Geração: Constitucionalismo social

Conforme bem destaca Avelãs Nunes, o constitucionalismo social advém do período imediatamente subsequente à Primeira Guerra Mundial, marcado pela efervescência das ideias socialistas, pelo acirramento das tensões de classes, pela crise econômica, e por diversos outros fatores.¹¹⁷ Esse movimento constitucional, que tem como os principais documentos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, veio a reverberar no surgimento de uma série de Constituições, marcadas, singularmente, pela consagração, ao lado dos direitos e garantias individuais, dos denominados direitos sociais.¹¹⁸

Afirma Miguel Calmon que é neste período, do constitucionalismo social, que o Estado Social de Direito tem a sua institucionalização formal, em que pese se possa extrair, a partir de uma

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas do Estado Social**. P. 05. Disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹¹⁵ FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 105

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 48

¹¹⁷ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 05. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf. Acesso: 27 out. 2018.

¹¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 31.

análise histórica, alguns momentos pretéritos em que houveram lampejos de preocupação com a questão social humana.¹¹⁹

A datar deste período, as Constituições passam a ser dotadas de um caráter mais socializante, tendo como traço distintivo o seu caráter diretivo, interventivo no domínio econômico e social do estado, destinado a atenuar as desigualdades e equalizar os diferentes anseios da sociedade.¹²⁰

Tal questão, conforme felizmente observa Gilberto Bercovici, é reflexo da dita “democracia de massas”, que nada mais figura do que a tentativa de incorporar no texto constitucional a totalidade do povo, abarcando as demandas de todos os setores, níveis, classes da sociedade. Deixa, assim, a Constituição, de ser homogênea, monolítica, passando a ser heterogênea, pluralista, refletindo e positivando interesses concorrentes.¹²¹

Percebe-se, desse modo, que a turbulência do momento oportunizou a implantação de acentuadas mudanças que não se restringiam apenas ao programa diretivo dos órgãos políticos. Tais mudanças vêm a estar igualmente dispostas no texto constitucional, passando a reger a estrutura fundamental do estado.¹²²

A Constituição Mexicana, a exemplo, que inaugura o constitucionalismo social, propugnava pela intervenção do Estado na ordem econômica, regulando as tensas relações entre as camadas da sociedade. Ademais, esse texto constitucional elencava, em seu bojo, uma série de direitos sociais, em especial os relacionados ao trabalho e à propriedade, visando o atendimento das necessidades mais básicas do seu humano. Essa interessante postura do constituinte está atrelada à relativa desconfiança destes para com o legislador.¹²³

A Constituição de Weimar, por sua vez, encontrava-se disposta na primeira parte, pela organização do Estado, e na segunda, pelos direitos fundamentais. Percebe-se, nesta segunda

¹¹⁹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

¹²⁰ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 31.

¹²¹ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 31.

¹²² DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

¹²³ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

parte, a suplantação de um modelo egoístico de Estado e de autorrepresentação coletiva, para um modelo plural, comunitário, visando assim consolidar uma democracia social e um capitalismo mais “humanizado”.¹²⁴

A Constituição de Weimar, para Avelãs Nunes, fora uma *solução de compromisso*, ou seja, adotou as medidas necessárias para frear as aspirações revolucionárias, como por exemplo, a função social da propriedade, do capital (cogestão), os direitos sociais, a intervenção econômica do Estado etc.¹²⁵

Conforme bem pontua Gilberto Bercovici, a Constituição de Weimar serviu de grande inspiração para a Constituição de 1934, não só pelos capítulos dispostos, referentes à Ordem Econômica e Social e à Família, Educação e Cultura, como também pelo plano nacional de educação, pela nacionalização de determinados setores etc.¹²⁶

Outra constituição brasileira que deu continuidade ao dito “constitucionalismo social”, apesar de alguns recuos aos direitos sociais – no tocante à questão da reforma agrária – foi a Constituição de 1946, a qual continha muitas similitudes, pois seguiu o mesmo espírito político. Imbuído pelo espírito social reformista, o Estado, neste momento, acreditava que o desenvolvimento econômico não precederia o desenvolvimento social, atribuindo assim uma relação de interdependência.¹²⁷

A história, contudo, mostrara que este constitucionalismo, em que pese tenha tido o mérito de ampliar o espaço democrático, trazendo o interesse de toda uma comunidade para o debate constitucional, falhara no que tange à aplicabilidade de suas normas, ditas “programáticas”, que no final eram consideradas meras intenções político-ideológicas.

Explicita Bercovici, valendo-se das lições de Carl Schmitt, que tais normas eram vistas como meros “compromissos dilatatórios”, visto que que instituíam diretrizes, programas que muitas vezes não refletiam em decisão nenhuma. Tais dispositivos, dos quais não se era possível extrair vontade, em verdade, representara a vitória de certos grupos políticos, que a fim de

¹²⁴ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

¹²⁵ NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. P. 07-09. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf. Acesso: 27 out. 2018.

¹²⁶ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 32.

¹²⁷ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 44/46.

salvaguardar seus próprios interesses, adiavam e assim brecavam certos anseios da população.¹²⁸

O Estado Social assim, nesta primeira geração, falhara sobretudo ao confiar quase que a integralidade dos direitos sociais ao *interpositio legislatoris*. Delegava-se assim a complementação normativa e a consequente implementação a um Legislativo desinteressado e que, por muitas vezes, não reconhecia a força jurídica dos direitos sociais.¹²⁹

Cumprir lembrar por fim o ambiente positivista, pouco sensível a questões relacionadas à igualdade e justiça. Fora, inclusive, este total despreço à moral e, por conseguinte, a ausência de instrumento para crítica do direito produzido, que possibilitaram a ascensão dos regimes totalitários, vide o nazismo.¹³⁰

Percebe-se assim que este movimento, em que pese recheado de boas intenções, não conseguira, ao menos da forma que desejara, concretizar os seus objetivos precípuos de cunho social, em razão, muito, da escassa consciência jurídica, bem como política, quanto à magnitude e relevância desta temática para o ser humano.

2.3.2.2 2ª Geração: Estado Democrático de Direito

A insuficiência do modelo acima resultou, após as duas Grandes Guerras Mundiais, no surgimento do que se convencionou chamar “Estado Democrático de Direito”. Dessa conjuntura, dita “neoconstitucionalista”, que para muitos nada mais simbolizava do que a segunda fase do constitucionalismo social, emergiram inúmeras Constituições, ocupando posição de destaque a Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Percebeu-se que a cultura positivista, assim como a prevalência da Lei sobre o texto da Constituição, sobretudo em matéria de direitos sociais, que careciam de uma complementação

¹²⁸ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 57.

¹²⁹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241

¹³⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 175

normativa, e assim de uma atividade legislativa, comprometiam e muito a operabilidade e efetividade das normas constitucionais.¹³¹

As constituições, então, falhavam: tanto com o seu objetivo primordial de conferir estabilidade à sociedade, que volta e meia experimentava crises e riscos, como pela sua insensibilidade em face do distanciamento do texto para com a realidade. Percebeu-se, em razão disso, que era hora de migrar a Constituição para o ápice do ordenamento jurídico, afirmando-a através de uma jurisdição constitucional forte, bem como, dotando de eficácia imediata os direitos fundamentais.¹³²

A centralidade das Constituições, que passa a ocupar o *locus* principal do ordenamento, é o grande marco da ordem jurídica pós-Segunda Guerra. A Constituição, conforme bem observa Daniel Sarmiento, a partir daqui, deixa de ser aquela mera carta política, que relegava quase todas as decisões para as maiorias legislativas. Esta, ao contrário, opta por consagrar em seu texto, normas de alta carga valorativa que estampam nada menos que decisões substanciais.¹³³

O Direito, nesse instante, para além do tradicional valor da segurança jurídica, se preocupa com o valor de justiça. A Lei Fundamental passa a ser guarnecida também por valores e opções políticas, que sob a forma de princípios, agora dotados de normatividade, passam a condicionar as demais normas. Destaque-se o princípio da dignidade humana, que passa a ser princípio vetor para criação e operacionalização do texto constitucional.¹³⁴

A contar deste momento, percebe-se que as Constituições deixam de ser compreendidas a partir de uma mera leitura positivista, exigindo assim raciocínios mais requintados, sofisticados, que levem em apreço a necessária, e não mais contingencial, relação entre o direito e a moral. Visa-se assim extrair respostas mais dirigidas à consecução dos valores de igualdade e justiça.¹³⁵

¹³¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241

¹³² DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242

¹³³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 178

¹³⁴ ROSSI; Amélia Sampaio; GOMES, Eduardo Biacchi. **Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais**. P. 14. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/221/157> Acesso em: 24 jan. 2019.

¹³⁵ ROSSI; Amélia Sampaio; GOMES, Eduardo Biacchi. **Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais**. P. 14. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/221/157> Acesso em: 24 jan. 2019.

Foi em razão de todas essas mudanças que os Estados passaram a ostentar a condição de “Estado Democrático de Direito”. Para Carlos Miguel Herrera, esta fase da qual se apelidou de “neoconstitucionalismo” nada mais seria do que uma nova fase de constitucionalização social, voltada para instituição do Estado de Bem-Estar e integração social, a partir da constitucionalização dos direitos sociais.¹³⁶

Os primeiros Estados Sociais, sob essa nova roupagem, nova era, exsurtem de formas variadas, encontrando-se ora exaustivamente discriminados no texto constitucional, vide Constituição Italiana de 1947, ora sob a forma de cláusula geral, vide Lei Fundamental de Bonn, que condicionava a leitura dos direitos individuais a partir também do princípio da igualdade.¹³⁷

As Leis Supremas acima, importa destacar, acabaram por inspirar as novas constituições europeias, sobretudo as que despontam na década de 1970 e comungavam do fato de advir após (largos) períodos totalitários. Percebeu-se que estas, inclusive, ousavam ainda mais no que tange à ordem social, alongando as experiências do constitucionalismo social italiano e alemão.¹³⁸

A Constituição Portuguesa de 1976, deveras ambiciosa em relação à positivação dos direitos sociais, bem como a Constituição Espanhola de 1978, através dos seus “princípios rectores”, são exemplo do dito acima, haja vista os diferentes níveis de juridicidade conferidos aos seus direitos sociais.¹³⁹

No Brasil, tardara, em razão do regime autoritário, essa onda neoconstitucionalista, só vindo a reverberar em 1988, com a culminação do que fora apelidada de Constituição Cidadã. Essa constituição, inspirada nas Constituições Espanhola e Portuguesa, tinha como traços singulares, dentre outros, o acentuado apreço pela democracia, pelos direitos fundamentais, pela construção de uma sociedade mais livre, igual, justa e fraterna.¹⁴⁰

¹³⁶HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 18.

¹³⁷ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 18.

¹³⁸ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 20

¹³⁹ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 20

¹⁴⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 147

No que tange à questão social, ressalta Ingo Sarlet que os direitos sociais, esculpidos no texto magno de 1988, ostentam hoje uma importância, uma notoriedade sem precedentes na história constitucional brasileira, bem como no direito comparado. Descamba-se a tal conclusão, não apenas pela análise quantitativa, como também qualitativa, haja vista o regime jurídico-constitucional próprio dos direitos sociais.¹⁴¹

Percebe-se através disso que a Constituição Cidadã, deveras influenciada pela Constituição Portuguesa de 1976, adotou inquestionável feição dirigente, dispondo não só sobre a estrutura de poder, como de metas, objetivos, fins últimos a serem perseguidos pelo Estado, tanto no domínio econômico, como no cultural, social.¹⁴²

Nesse sentido, alude Daniel Sarmento que a Constituição de 1988 é ambiciosa, é dirigente, no sentido de não se contentar com a mera postura absentéista do Estado. Essa Lei Maior, pelo contrário, ao estipular os direitos positivos, reivindica uma postura ativa, combativa, tanto do Estado como da Sociedade, visando a alteração do *status quo*.¹⁴³

Aduz o principal expoente desta teoria, Gomes Canotilho, que uma Constituição adota a Teoria do Constitucionalismo Dirigente, quando o seu texto constitucional se encaminha para se tornar um “estatuto jurídico” do Estado e da Sociedade, bem como “norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político social”.¹⁴⁴

O texto constitucional dirigente, vide a Constituição Cidadã, fixa assim um “programa constitucional transformador”, delineando “um estado ideal de coisas que o constituinte quer ver realizado no futuro.”¹⁴⁵ Os princípios e objetivos fundamentais, bem como os próprios direitos sociais, figurariam, desse modo, como “um horizonte de sentido, que deve inspirar e condicionar a ação das forças políticas.”¹⁴⁶

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. P. 02. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingodf_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

¹⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63.

¹⁴³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 148

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 173

¹⁴⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172

¹⁴⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 148

Percebera os expoentes “dirigistas” que nada adiantaria impregnar o texto constitucional de uma série de valores, de programas, de objetivos, de fins últimos a serem perseguidos pelo estado, se não lhes fosse emprestada a normatividade das demais normas.¹⁴⁷ Assim, as normas programáticas estariam dispostas no texto, de forma a gerar uma:

1. Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição);
2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.¹⁴⁸

O legislador, em razão disso, estaria vinculado não apenas às normas que constituem direitos (garantias individuais) e procedimentos, como também aos programas de ação elegidos pelo constituinte. A legitimidade material, inclusive, da atividade legislativa, derivaria da aptidão de tais atos, legislativos, materializarem os fins últimos esculpido no texto constitucional.¹⁴⁹

Importa destacar, contudo, que décadas à frente o ilustríssimo autor Canotilho, que sobre esta ideia teorizava, reformulou o que pensara, arguindo que a “Constituição dirigente está morta”, se concebida como instrumento normativo-constitucional revolucionário apto, por si só, a concretizar as pretensões emancipatórias.¹⁵⁰

A realidade, bem como a globalização e os acordos jurídicos internacionais, mitigara a pujança vinculativa da Constituição.¹⁵¹ Percebeu-se assim que esse modelo teórico ortodoxo concebido já não se coadunava mais com o mundo fático. Reconstruiu-se, então, a base desse

¹⁴⁷ MENDES, Marcelo Barroso. **A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988**. P. 02. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098>. Acesso em: 25 jan. 2019.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud MENDES, Marcelo Barroso. **A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988**. P. 02. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098>. Acesso em: 25 jan. 2019.

¹⁴⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 173

¹⁵⁰ SANTANA, Ana Cristina Almeida; OLIVEIRA, Luana Maria Costa; DE CARVALHO, Matheus Dantas. **Constitucionalismo Dirigente: Réquiem ou Proibição de Retrocessos dos Direitos Sociais?** P. 14. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/1j3ng77c/MJ4A8pZgwDU92RPF.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

¹⁵¹ SANTANA, Ana Cristina Almeida; OLIVEIRA, Luana Maria Costa; DE CARVALHO, Matheus Dantas. **Constitucionalismo Dirigente: Réquiem ou Proibição de Retrocessos dos Direitos Sociais?** P. 14. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/1j3ng77c/MJ4A8pZgwDU92RPF.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019

modelo teórico, originando o que se apelidou por “constitucionalismo moralmente reflexivo.”¹⁵²

O constitucionalismo moralmente reflexivo surge assim da “desilusão diante da existência de fórmulas que (...) estabeleceriam promessas utópicas de felicidade que, porquanto inalcançáveis, serviriam apenas para desacreditar a força normativa da Constituição”.¹⁵³ Este, em que pese, reconhecesse a necessidade de se resguardar um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, a fim de que o legislador perdurasse a estar positivamente vinculado, sustentava “a substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade”.¹⁵⁴

Assevera Canotilho que esse modelo não figurara, em verdade, como uma retratação à evolução do constitucionalismo, mas sim a uma adaptação frente à realidade do mundo.

Destaca assim que:

Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte’ da constituição dirigente’, o problema é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. (...). O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu.¹⁵⁵

Destaca Miguel Calmon que o ilustríssimo Constitucionalista optara, de igual modo, em conferir “uma maior abertura da constituição às deliberações democrática, associando-a a uma ideia de legitimidade procedimental, defendida, por diferentes formas e fundamentos, por Habermas e Luhmann.”¹⁵⁶

Há de destacar também que o ingresso, *a posteriori* ao texto constitucional, de Portugal a União Europeia, opera efeitos e o vincula a propósitos de integração bastante distintos aos do Mercosul, no qual encontra-se o Brasil inserido. A aplicação, bem como valorização dotada as

¹⁵² DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. P. 13. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

¹⁵³ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 66.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. P. 12. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. P. 14. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

¹⁵⁶ DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. P. 12. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

normas de direito comunitário, impactam indubitavelmente nesta mudança de percepção.¹⁵⁷

Tal pronunciamento, destaque-se, gerou um certo incômodo e despertou uma certa resistência em alguns juristas de escol brasileiros, dentre eles Gilberto Bercovici e Lênio Streck, quanto à tese da possível morte das Constituições Dirigentes.¹⁵⁸ Estes acreditam que a ocorrência de tal fenômeno, a partir da reformulação teórica do seu maior expoente, é mais crível em Portugal, haja vista o estágio desenvolvimentista alcançado por esse país nos últimos anos. Impende destacar que vive Portugal um momento distinto ao momento do surgimento de sua Constituição de 1976, o qual era marcado por aspirações socialistas revolucionárias, bem como desta teoria.¹⁵⁹ Reputam, por outro lado, não ser concebível a adoção de tal modelo, em *terrae brasilis*, justamente pelo fato de inexistir condições materiais mínimas para “a abertura do procedimento à legitimidade da deliberação”. A dura realidade político-social brasileira, marcada por um insuficiente sistema social, evidenciaria tal questão.¹⁶⁰

Isso porque as promessas de modernidade que advém do Estado Democrático de Direito ainda não ocorreram no Brasil, haja vista a permanência ainda dos índices de pessoas que se situam abaixo da linha da pobreza, do nível acentuado de desigualdade, do grau precário de escolarização em algumas regiões do país etc.¹⁶¹

Percebe-se, em verdade, ser ainda o Estado o principal agente capaz de promover a transformação social, através das suas políticas públicas de inserção, de distribuição de renda, razão pela qual reputa-se não ser possível abrir mão do programa de justiça social trazido pela constituição. Abdicar deste, em verdade, significaria abdicar dos avanços civilizatórios já, ainda que mínimos, alcançados, propiciando em um regresso ao Estado “Guarda-noturno”.¹⁶²

O professor Miguel Calmon faz a consideração de que ainda que “Canotilho tivesse

¹⁵⁷ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 67.

¹⁵⁸ SANTANA, Ana Cristina Almeida; OLIVEIRA, Luana Maria Costa; DE CARVALHO, Matheus Dantas. **Constitucionalismo Dirigente: Réquiem ou Proibição de Retrocessos dos Direitos Sociais?** P. 17. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/1j3ng77c/MJ4A8pZgwDU92RPF.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019

¹⁵⁹ MENDES, Marcelo Barroso. **A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988**. P. 05. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098>. Acesso em: 25 jan. 2019.

¹⁶⁰ DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. P. 14. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

¹⁶¹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70.

¹⁶² DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70.

defendido, realmente, o fim das constituições dirigentes, só acarretaria a perda do argumento de autoridade, porque sua doutrina não mais lhe pertencia, não podendo ser apagada ou olvidada”.¹⁶³

Contata-se que a datar da crise do Estado Social emergiram teorias tanto direcionadas à defesa intransigente da constituição, vide os defensores da Constituição Dirigente, como também teorias que visam adaptar a Lei Fundamental ao contexto vivido, vide a teoria do constitucionalismo moralmente reflexivo, bem como a Jurisprudência da Crise, a ser estudada à frente.

Parece, contudo, se coadunar mais com a realidade jurídico-constitucional brasileira os argumentos expostos pelos expoentes brasileiros, uma vez que a dura realidade brasileira, bem como seu nível de desenvolvimento, se mostra muito distinto do padrão de vida já alcançado pelos lusos.

Percebe-se ademais que o projeto de Estado Social ainda se mostra incipiente neste país, tendo em vista o tamanho distanciamento fático existente entre o modelo de estados e os objetivos fundamentais esculpidos no art. 3º da Lei Maior, dentre eles, o de erradicar a pobreza, ainda abundante no país, bem como reduzir as desigualdades.

2.3.2.2.1 CRISE DO ESTADO SOCIAL

Bem, antes de tudo, calha frisar que inexiste estrutura perfeita de Estado, razão pela qual a opção por qualquer modelo sempre implicará na assunção de algum ônus. Com o modelo de Estado Social não é diferente. Assim, se o preço de escolha de um Estado Garantia é justamente a ausência de uma atuação estatal, o ônus do se eleger o Estado Social é dispor, a todo tempo, de fartos recursos, capazes de atender às infinitas demandas da sociedade.

Tal ônus decorre justamente da estrutura de Estado, que conforme vista, é concebida para ser atuante, combativa, interventora dos domínios econômico, cultural e social; voltada para construção de uma sociedade mais livre, igual, justa e para todos; engajada na promoção de um maior bem-estar para todos cidadãos.¹⁶⁴

¹⁶³ DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. P. 12. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

¹⁶⁴ DE QUEIRÓS, Luís Maia Monteiro. **A crise do Estado Social como justificação para reconfiguração ou restrição ao direito à retribuição**. Trabalho (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito,

A consecução de todas essas atividades demanda, por óbvio, a disponibilidade de uma considerável monta nos cofres de um Estado, muitas vezes combalido. A escassez, ou melhor, a finitude dos recursos assim, representa um grande problema, ou melhor, desafio para sobrevivência do Estado Social, que tem toda a sua estrutura de organização atrelada à consecução de uma infinidade de demandas.¹⁶⁵

Observa-se que em meados do século XX tal questão não afligia, pois o Estado Social vivia a sua era de ouro, com significativos avanços tecnológicos, econômicos e sociais. No “último quartel” do século, contudo, após o “choque do petróleo”, a história era outra. O Estado se via incapacitado de fomentar o bem-estar social, estando instado a oferecer respostas a esta dita “crise do Estado Social”.¹⁶⁶

João Carlos Loureiro, em riquíssimo estudo sobre o tema, lista uma série de fenômenos que desafiavam o Estado Social. Destaque, em primeiro lugar, a globalização. A aproximação do mundo ocasionara, sob o ponto de vista de proteção social, o grande desafio de bem alocar os grandes contingentes de imigrantes, bem como, no caso europeu, de bem harmonizar as legislações trabalhistas, em razão da livre circulação de trabalhadores. Sob o ponto de vista dos recursos, percebeu-se que a competitividade entre as economias, propiciara uma “Crise do Estado Fiscal”, que mitigara a soberania das nações.¹⁶⁷

A questão demográfica também era um fator relevante. O aumento da expectativa de vida somado à inversão da pirâmide etária tem não só prolongado o tempo de dispêndio de pensões a ser suportado pela Seguridade Social, como ocasionado um disparate entre o número de contribuintes e o número de segurados.¹⁶⁸

Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2014, p. 14. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71655/2/24900.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁶⁵ DE QUEIRÓS, Luís Maia Monteiro. **A crise do Estado Social como justificação para reconfiguração ou restrição ao direito à retribuição**. Trabalho (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2014, p. 15. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71655/2/24900.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁶⁶ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da vedação ao retrocesso social?** P. 20. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁶⁷ LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** O Insustentável peso do não-ter. P. 06. Disponível em: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁶⁸ LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** O Insustentável peso do não-ter. P. 07. Disponível em: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

A questão da escassez e do racionamento também não podem ser desprezadas. Estas foram ocasionadas, sobretudo, pela falsa crença de uma “sociedade em abundância”, na qual o Estado pudesse atender às inúmeras demandas. O descompasso entre as receitas com as largas despesas, sobretudo em tempos de crise, suscitara este impasse, no qual o Estado se viu obrigado não apenas a racionalizar, como racionar os gastos.¹⁶⁹

A questão da pluriformidade também há de ser analisada. Se observara que a diversidade, bem como o multiculturalismo, inviabilizava, por vezes, o atendimento de todos. Os principais empecilhos, em razão disso, seriam ora as barreiras linguísticas, ora a desinformação, a discriminação por parte do Poder Público.¹⁷⁰

Destaque-se, por fim, a questão familiar. Percebe-se que a estabilidade das famílias, no mundo hodierno, tem dado lugar, muitas vezes, às rupturas conjugais, ao crescimento da monoparentalidade, ao abandono dos idosos. A clássica solidariedade horizontal entre familiares, assim, tem se perdido, exigindo-se assim cada vez mais soluções lastreadas na solidariedade vertical, que oneram o Estado.¹⁷¹

Conforme se percebe, todas essas questões, no fim, estavam atreladas ao problema da escassez de recursos. O período a datar do “choque do petróleo”, ficara marcado “pela dúvida sobre a sustentabilidade do modelo e pelo regresso do liberalismo (neoliberalismo), sobretudo após a eleição de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América.”¹⁷²

É preciso destacar que muitos doutrinadores puseram e põem em xeque o modelo de Estado Social, bem como o paradigma de intervenção estatal. Entendem alguns teóricos, basicamente, que chegou a hora do “Estado-herói” dar lugar a um “Estado pós-herói”,

¹⁶⁹ LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** O Insustentável peso do não-ter. P. 09. Disponível em: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁷⁰ LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** O Insustentável peso do não-ter. P. 10. Disponível em: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁷¹ LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** O Insustentável peso do não-ter. P. 13. Disponível em: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁷² DE QUEIRÓS, Luís Maia Monteiro. **A crise do Estado Social como justificação para reconfiguração ou restrição ao direito à retribuição.** Trabalho (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2014, p. 11. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71655/2/24900.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

regulador por essência, que conceba e promova a cooperação dos privados na realização de atividades públicas.¹⁷³

Portugal, em face da sua constitucionalização tardia, a datar de 1976, tivera que lidar com tal questão apenas em 2008, a partir da crise do Estado Social que vivenciara, em razão do fenômeno conhecido como a “crise das dívidas soberanas”.¹⁷⁴ Nesse instante em que o Estado Português se viu instado a repensar muitas de suas concepções de Estado, ganhou muita notoriedade a teoria da Jurisprudência da Crise, a ser estudada nos próximos capítulos.

O Brasil de hoje, em faces dos consecutivos déficits orçamentários e aumento da dívida pública, bem como da promulgação da PEC dos Congelamentos dos Gastos, se vê na posição de Portugal, instado a tomar alguma decisão sobre a atual estrutura de Estado. Portanto, os próximos capítulos se destinam a apresentar a alternativa portuguesa adotada, analisando a compatibilidade desta com a ordem jurídica brasileira.

¹⁷³ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da vedação ao retrocesso social?** P. 22. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

¹⁷⁴ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da vedação ao retrocesso social?** P. 21. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

3 JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

Delineada a situação de crise do Estado Social, bem como da natureza das normas constitucionais de Brasil e Portugal, parte-se para análise do atual estado de coisas experimentado pelo mundo, a fim de que melhor se possa compreender o fenômeno que recebera a alcunha de “Jurisprudência da Crise”.

Pois bem, é sabido que o mundo hodierno, qual seja, o dito “pós-moderno”, encontra-se fortemente marcado pela era da globalização, que dentre outras coisas, aproximara os diversos estados, bem como os seus indivíduos, através da abertura das fronteiras, propiciando a formação de uma grande aldeia global. Tal estado de coisas, contudo, propiciara igualmente o incremento das desigualdades. O processo de acumulação e a internacionalização do capital, a partir da abertura das Nações, propiciara a formação e o fortalecimento de entidades transnacionais capazes de influir significativamente, quando não por vezes ditar a vida econômica e política das nações.¹⁷⁵ Isso ocorrera porque:

A globalização condiciona seus preceitos de forma totalitária e indissolúvel, impondo pressões que o Estado não é capaz de dirimir, motivo pelo qual o Estado se vê desnudo de seu poder e reconhecimento de outrora, somente lhe restando ferramentas básicas para manutenção do interesse das grandes organizações empresariais, baseado nas regras de livre mercado, políticas especulatórias, capital global e um Estado diminuto e fraco, que tem como única função a manutenção e criação de processos que mantenham a estabilidade financeira e econômica. Atualmente as megaempresas desfrutam de toda a liberdade para realizarem manobras econômicas que tornam o Estado um mero espectador, dominado e sem poder de reação.¹⁷⁶

O empoderamento das instituições financeiras, a partir da substituição do capitalismo industrial pelo capitalismo financeiro, fora um fator chave nessa questão, em razão de dois simples motivos, quais sejam, o fato das instituições financeiras não influírem tão somente na economia, como também na gestão da política das nações, orientando a atuação do poder público conforme sua conveniência; bem como, em razão do fato das instituições financeiras

¹⁷⁵ RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; DUARTE, Francisco Carlos. A Globalização e a Crise do Desemprego: Política de austeridade como solução para a crise do desemprego na Europa. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. Vol. 36, n. 01, 2016, p. 03. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1304>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; DUARTE, Francisco Carlos. A Globalização e a Crise do Desemprego: Política de austeridade como solução para a crise do desemprego na Europa. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. Vol. 36, n. 01, 2016, p. 08. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1304>. Acesso em: 28 jan. 2019.

não produzirem riqueza concreta alguma, como por exemplo os bens, pelas as indústrias, condensando a maior parte dos seus negócios no mercado especulativo.¹⁷⁷

A influência política dessas corporações decorre justamente do fato dessas instituições financeiras passarem a ser os principais financiadores das despesas dos Estados, que progressivamente substituíram a política tributária, através da majoração ou instituição de tributos, pela emissão de títulos da dívida pública.¹⁷⁸ Observa Comparato que:

No presente, os bancos passaram a concentrar cada vez mais suas atividades nos negócios puramente especulativos, reduzindo drasticamente o serviço de crédito. A lucratividade de tais negócios especulativos é muito maior. Mas, em compensação, eles suscitam um enorme risco de súbito e generalizado colapso, como se viu em 2008 com a brusca depreciação dos chamados derivativos, neologismo criado nos Estados Unidos para designar operações de crédito bancário, que servem de lastro à emissão de valores mobiliários em cascata, cujo valor não é contabilizado no balanço dos bancos.¹⁷⁹

É nesse cenário hostil, no qual os Estados se veem reféns das regras de mercado, muitas vezes desprovidas de qualquer eticidade e valores comunitários, bem como propensos a colapsos econômicos, que a ordem jurídica se viu instada a encontrar caminhos que conservassem a juridicidade de suas normas.¹⁸⁰

A Crise, a partir da acepção dada por Bobbio, Matteucci e Pasquino, como um momento de ruptura ao sistema, imprevisível, distinto do padrão ordinário de vida em sociedade, é algo muito preocupante e que instiga a necessidade de autorreflexões pelo Estado, acerca de sua responsabilidade, bem como possibilidade de manter compromissos jurídicos assumidos no estado normal de temperatura e pressão, como por exemplo, o de concretizar inúmeros direitos sociais.¹⁸¹

Questiona-se se sobre essas circunstâncias o direito deveria sucumbir às inevitáveis leis da economia, a “exigência dos fatos”, ao “império das circunstâncias”. António Manuel

¹⁷⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Significado e perspectivas da crise atual**. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/Significado-e-perspectivas-da-crise-atual/40/34933>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁷⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **Significado e perspectivas da crise atual**. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/Significado-e-perspectivas-da-crise-atual/40/34933>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁷⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **Significado e perspectivas da crise atual**. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/Significado-e-perspectivas-da-crise-atual/40/34933>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁸⁰ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.10

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1 ed. João Ferreira (coord). João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais (rev.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p.313.

Hespanha adverte que a interpretação conferida por tecnocratas, vide economistas, não é metodologicamente a mais correta, visto que “ ‘Factos’ são ... o que o homem quiser. E, ‘exigências dos factos’, a mesma coisa”. Por isso, constituiria “uma chocante ingenuidade ou uma descarada falácia pretender perceber ou controlar indiscutivelmente a realidade dos factos”.¹⁸²

A maior parte dos juristas lusitanos, dentre eles Jorge Miranda e Gomes Canotilho, tem, contudo, aduzido pela necessidade de se observar a situação excepcional vivida, “uma vez que a salvação coletiva é a lei suprema (*salus populi suprema lex est*)”. Defendem, em razão disso, a suspensão temporária da Lei Fundamental, em detrimento de uma outra que venha estar a par da gravidade e das urgências da nação.¹⁸³

Pontuam os nobres juristas que, em que pese os cidadãos estejam acostumados com uma ordem jurídica imperativa, que assegura a estabilidade de todo um sistema que protege direitos e tutela interesses da maior relevância, bem como reclama de procedimento dispendioso para alteração, haveria situações excepcionais vividas que, por não deixarem escolha, não poderiam ser desconsideradas.¹⁸⁴ Diz Gomes Canotilho que:

A necessidade pública é a lei superior [...] A revisão [da Constituição] acaba por ser substituída por certa ideia de necessidade pública, de saúde pública, que obriga os governos a ultrapassar certas formalidades constitucionais para responderem aí às exigências, digamos assim, aos desafios que nos são colocados [...] A eliminação de algumas garantias - sobretudo relativamente a algumas leis do trabalho, que há alguns anos nós diríamos que eram claramente inconstitucionais - hoje, como vê, acabamos por ver que há outras forças superiores à própria constituição.¹⁸⁵

Entendem, assim, que no cenário de aguda crise econômica, de anormalidade, decorrente sobretudo de condições que se encontram fora do domínio do Estado, a lógica jurídica da normatividade de suas prescrições restaria prejudicada, tolhida as leis da economia, a ordem natural das coisas. Nesse período, então, de emergência financeira, vigoraria o princípio da austeridade, que priorizaria a urgência e a solvibilidade de Estado à ordem jurídica.¹⁸⁶

¹⁸² HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.10

¹⁸³ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.12.

¹⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.12.

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.12.

¹⁸⁶ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.12.

Pois bem, é nesse ambiente conturbado que se começa a pôr em xeque a obrigatoriedade da concretização dos direitos sociais, em razão não só destes reclamarem uma prestação positiva do Estado, demandando, em grande medida, os poucos recursos disponíveis pelo Estado, como também em face da alteração substancial das circunstâncias, em que esse compromisso fora assumido.

Portanto, é nesse ambiente de mundo que surge a Jurisprudência da Crise, que nada mais seria do que a leitura pelo Tribunal Constitucional, da ordem posta, da própria normatividade do texto, frente a essa questão sensível, peculiar e transitória de crise vivenciada, que tolhe significativamente a capacidade de agir do estado.

3.1 CONTEXTO

A fim de que melhor se compreenda o tema, é importante delinear o contexto histórico, agora português, envolta dessa questão. Isso porque a dita “Jurisprudência da Crise”, que nada mais foi do que a interpretação excepcional, conferida pelo Tribunal Constitucional Português, acerca das medidas de austeridade que tiveram a sua constitucionalidade questionada, se originara a partir da necessidade de equalizar o ordenamento jurídico às necessidades oriundas da crise econômica portuguesa.

Dito isso, cumpre desencadear cronologicamente os fatos que levaram Portugal para berlinda econômica de 2011. O primeiro deles, sem dúvida, fora a grande recessão do mercado financeiro em 2008, e a consequente falência do *Lehman Brothers*, em razão da bolha no mercado especulativo, que repercutira em todo o mundo, afetando intensamente as mais diversas economias do globo.¹⁸⁷ Narra Comparato que a:

A depressão global desencadeada em 2008 com o colapso do mercado de derivativos levou os bancos centrais dos Estados Unidos e da União Europeia, a fim de evitar as insolvências em cascata, a socorrer os bancos privados, tomadores daqueles papéis ditos “tóxicos”. Esse financiamento excepcional, como era de se esperar, não foi feito com recursos orçamentários, mas sim com a emissão de novos papéis da dívida pública. Para se ter uma ideia do que isso representa como risco de colapso do sistema econômico mundial, basta considerar os seguintes dados, recentemente divulgados pelo Fundo Monetário Internacional: o somatório da dívida pública dos

¹⁸⁷ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco.** Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018, p. 33. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

Estados desenvolvidos do planeta, o qual em 2001 representava 75,8% da média do PIB total desses países, passou a corresponder em 2014 a 118,4% dele.¹⁸⁸

Os Estados, assim, ao socorrerem aos bancos privados, “tornaram-se cada vez mais seus devedores, já que tomavam empréstimos deles, emitindo títulos da dívida pública.” Em razão do exponencialmente aumento da dívida pública em algumas nações europeias, dentre elas Portugal, se apelidara tal situação por “crise das dívidas soberanas”.¹⁸⁹

Destaca Mariana Canotilho que a repercussão da crise econômica de 2008 foi muito intensa em Portugal. A dívida pública, a exemplo, aumentara, no período de 2008 a 2014, de 71,7% para 130,2% do PIB; os investimentos, no mesmo período, encolheram em mais de 40%, em termos nominais; entre 2010 e 2013, mais de 500 mil empregos foram eliminados; a taxa de desemprego, entre 2008 a 2014, dobrou, chegando a 16,2% em 2013.¹⁹⁰

O número de emigrantes, de igual modo, aumentou, chegando a níveis similares aos da década de 1960, marcada por guerras, autoritarismo e estagnação econômica. Outro grande marco fora o aumento da taxa de pobreza (19,5% em 2014), bem como o número de pessoas desassistidas pelo estado.¹⁹¹

Portugal, em reflexo a tal situação, intentara em 2009 reequilibrar o disparate orçamentário por meio de reformas estruturais de longo prazo, como, por exemplo, através da restrição para contratações de pessoal, do fim da progressão automática na carreira, do aumento da idade mínima para aposentadoria, bem como da instituição de novas regras para atualização de pensão.¹⁹²

A insuficiência dessa proposta, contudo, ensejara a edição de sucessivas e fracassadas medidas de austeridade que perturbavam a ordem social. Ao passo em que o Governo

¹⁸⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **Significado e perspectivas da crise atual**. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/Significado-e-perspectivas-da-crise-atual/40/34933>. Acesso em: 29/01/2019

¹⁸⁹ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018, p. 33. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.5

¹⁹⁰ CANOTILHO, Mariana. **Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués**. P. 01. Disponível em: <http://romatypress.uniroma3.it/ojs/index.php/DemSic/article/view/407/404>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁹¹ CANOTILHO, Mariana. **Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués**. P. 02. Disponível em: <http://romatypress.uniroma3.it/ojs/index.php/DemSic/article/view/407/404>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁹² FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018, p. 35. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

Português acreditava na sua capacidade de encontrar soluções, a pressão político-social e dos organismos internacionais só aumentava.¹⁹³

O insucesso em gerir a crise era evidente, sendo a gota d'água para população a edição da PEC IV (Programa de Estabilidade e Crescimento), em 2011. A insatisfação, para se ter ideia, chegara ao ponto de provocar a realização de eleições antecipadas em Portugal. Em face, assim, da tamanha instabilidade política e econômica, Portugal se viu obrigado a ceder às pressões externas, solicitando ajuda financeira dos organismos internacionais.¹⁹⁴

Sem saída, o Governo Português, em 2011, negociara a ajuda com a União Europeia (Banco Central Europeu e Comissão Europeia) e com o FMI, pactuando o Memorando Entendimento que ficara conhecido como a “Troika”. Esse acordo exigira, em contrapartida ao empréstimo de 78 bilhões de euros, a implementação, pelo Estado Português, de uma série de medidas e reformas econômicas, trabalhistas e sociais.¹⁹⁵

O Estado, em razão disso, logo se viu instado a reajustar todo o seu pacto orçamentário, todo o seu plano de ação, a fim de melhor adequá-lo às metas impostas pela “Troika”. Essas políticas de austeridade que vieram ser dispostas nas leis orçamentárias de 2011 a 2014 não tardaram a ter a sua constitucionalidade questionada no Tribunal Constitucional.¹⁹⁶

Destaque-se que este compromisso, intitulado de “Troika” pelos cidadãos, não fora por eles bem recepcionado, uma vez que para além de impactar na questão da soberania, vinculando as opções do Estado Português a prioridades que não as suas, estipulava metas muito nocivas a muitos direitos, sobretudo os laborais.¹⁹⁷

¹⁹³ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco.** Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018, p. 35. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

¹⁹⁴ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco.** Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018, p. 35. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

¹⁹⁵ CANOTILHO, Mariana. **Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués.** P. 02. Disponível em: <http://romatpress.uniroma3.it/ojs/index.php/DemSic/article/view/407/404>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁹⁶ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco.** Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018, p. 35. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

¹⁹⁷ VIANNA, Rodrigo. **Outro imenso passo atrás, agora nos direitos trabalhistas.** Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/brodrigovianna-europa-outro-imenso-passo-atras/>. Acesso em 31 jan. 2019.

A Corte Constitucional, contudo, se manifestara de pronto no sentido de observar o compromisso que fora assumido internacionalmente, por reputar a este *status* vinculativo, adotando assim novo viés interpretativo à Constituição a fim de viabilizar a consecução do compromisso que fora assumido.¹⁹⁸

Do próprio acordão orçamentário nº396/2011, primeiro da Corte após o memorando que virá a ser examinado mais detalhadamente à frente, se extrai esta preocupação:

Não pode ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária.¹⁹⁹

Vê-se, assim, a grande influência que o acordo internacional tivera na mudança da interpretação constitucional, uma vez que percebera os nobres julgadores que com a celebração deste tal questão deixara de ser exclusivamente interna, devendo-se observar e zelar também pelo cumprimento das obrigações internacionais.

3.2 VIABILIDADE JURÍDICA

Por conta do Memorando, começou o Tribunal Constitucional a ter de enfrentar leis, que direcionadas à consecução deste, eram de constitucionalidade duvidosa. Com isso, o ambiente jurídico, nesse instante, indagava-se quanto à existência de algum permissivo na Lei Maior, que considerando a excepcionalidade do momento, desse substrato ao diálogo da normatividade do texto frente ao contexto fático.

A Constituição Portuguesa, alinhada a muitas outras, não prevê em seu sistema constitucional de crises a situação de excepcionalidade por emergência financeira, dispondo apenas aos casos similares ao Estado de Defesa e de Sítio da Constituição de 1988 do Brasil. Indaga-se,

¹⁹⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun. 2014, p. 04. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

¹⁹⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acordão nº 396/2011. Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: http://www.snesup.pt/htmls/_dlds/acordo_396_2011_TConstitucional.pdf. Acesso em: 01 fev. 2019.

assim, se seria possível a implementação de um estado de emergência financeira, ainda que ausente de disposição constitucional expressa.²⁰⁰

António M. Hespanha alude pela impossibilidade de se admitir um estado de exceção fora desses modelos tracejados pela Constituição. Ressalta que a admissão de um estado de emergência financeira, a partir das mais diversas e variáveis “construções doutrinárias”, resultaria, para além de uma tamanha afronta à Lei Fundamental, em uma tremenda insegurança.²⁰¹

Maria Benedita Urbano, diversamente, reputa que, por se tratar de uma medida excepcional, não seria possível, a partir de uma interpretação analógica, se extrair algum permissivo, sob pena de estar se incorrendo em um Estado de Exceção Genérico. Contudo, não descarta a concepção deste, a partir de uma construção por outros pressupostos.²⁰²

Gabriel Prado Leal, no mesmo sentido, observa que os regimes constitucionais de exceção estão, historicamente, relacionados apenas à suspensão de direitos de liberdade, à “preservação da ordem contra perturbações de origem político-militar”, razão pela qual, da absoluta omissão do constituinte, não seria extraível uma sinalização de vontade, ou melhor, uma vedação à supressão dos direitos sociais, econômicos e culturais.²⁰³

Valendo-se das lições de Bacelar Gouveia, destaca o supracitado autor que a ausência de pressupostos fáticos de ordem econômica, para a implementação de um Estado de Exceção, só conduziria a duas respostas, sendo a primeira, simplista, pela impossibilidade de

²⁰⁰ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 114. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁰¹ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p. 13

²⁰² URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 11. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em 28/01/2019. P. 11

²⁰³ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 115. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

implementação, em razão da ausência de previsão; e a segunda, finalística, pela admissão, admitindo-se para além das estreitas hipóteses previstas.²⁰⁴

A primeira proposição, a seu ver, seria insensata, uma vez que restaria sucumbida na primeira chance pela “realidade constitucional”. Aduz ademais que é preciso conceber a Constituição não apenas como o ator que coordena a ação político-social, mas também como o mecanismo apto a apresentar soluções aos impasses que por ventura se apresentem.²⁰⁵

A solução, desse modo, para esses autores, residiria em reconhecer a especial eficácia dos direitos sociais, que vinculariam o legislador apenas a partir da disponibilidade econômico-financeira do Estado.²⁰⁶ Nesse sentido, pontua Jorge Miranda:

Situações de extrema escassez de recursos ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de emergência) podem provocar a suspensão destas ou daquelas normas, mas elas hão-de retomar a sua efetividade, a curto ou a médio prazo, logo que restabelecida a normalidade da vida coletiva – o que não se justifica, em caso algum, é uma leitura a contrario do art. 19º da Constituição quer no sentido da impossibilidade de suspensão dos direitos econômicos, sociais e culturais, quer no sentido de uma eventual suspensão não ter de observar quais quer regras ou limites, designadamente o respeito da reserva de competência legislativa parlamentar.²⁰⁷

Em razão das controvérsias, Maria Benedita Urbano faz campanha pela consagração do estado de sítio econômico. Entende que a positivação só teria a agregar, pois obrigaria o Estado a refletir não só sobre o seu papel em situações de emergência financeira, como

²⁰⁴ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 115. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁰⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar apud LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 115. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁰⁶ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 116. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²⁰⁷ MIRANDA, Jorge apud LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 116. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

também nos pressupostos fáticos para a sua instauração.²⁰⁸ Salienta, de igual modo, que a consagração deste guardaria eficiência às medidas tomadas no cenário de crise, pois estas passariam a estar lastreadas no próprio texto constitucional. Pontua ademais que, a partir disso, conferir-se-ia contornos mais objetivos ao controle de constitucionalidade que, nesse cenário, validaria, por vezes, situações habitualmente reputadas como inconstitucionais.²⁰⁹

Gabriel Prado Leal manifesta-se, de igual modo, favorável à positivação do “estado de sítio econômico”. Aduz, dentre outras coisas, que a partir disso o texto constitucional disporia de uma “válvula de escape”, capaz de conferir adaptabilidade às suas normas. Evitar-se-ia, assim, a seu ver, que direitos que pudessem ser apenas suspensos fossem extintos no calor das circunstâncias.²¹⁰

Adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no que tange a essa questão, que para além da dificuldade de regular o imprevisível, há o risco de que esta prévia estipulação possa vir a banalizar o instituto, tornando-o usual, do quotidiano, desvirtuando por completo do seu objetivo, que é conferir uma maior segurança, estabilidade.²¹¹

Delineada tal questão, conclui-se que, apesar do instituto não estar no seu plano ideal, qual seja, normatizado na Constituição, não se queda definitivamente encerrado o debate acerca da questão em análise, pois assim como não se pode extrair um permissivo a um direito de crise, não se pode refutar também uma restrição, uma eventual flexibilização no exercício de controle de constitucionalidade no contexto de crise.

²⁰⁸ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 11. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁰⁹ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 11. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²¹⁰ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 118. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%20Escassez%20e%20Execucao%20OA%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. In: **Revista de Informação Legislativa**, n.º 108, 1990, p. 39.

3.3 FUNDAMENTO

Considerando, portanto, que a simples omissão constitucional em relação ao estado de sítio econômico não encerra a possibilidade da sua existência, cumpre-se analisar os fundamentos, a partir de todos os ângulos, capazes de extrair substratos suficientes a legitimar o instituto.

Tal busca, insta frisar mais uma vez, decorre do fato da Constituição Portuguesa de 1976 – diferentemente de algumas Constituições, como a de Weimar, no art. 48, a Francesa, de 1958, no art. 16, e a Espanhola, de 1978, art. 31 – não abrir portas para o emprego, seja em favor do Presidente, seja em favor do Parlamento, “de poderes emergenciais de natureza excepcional”.

212

3.3.1 Histórico

Salienta Maria Urbano que a história oferta emblemáticos exemplos de legislações, sobretudo na primeira metade do século XX, destinadas ao enfrentamento de crises econômicas, em razão de guerras, crises políticas ou catástrofes naturais, que não estiveram sob o alcance do controle de constitucionalidade.²¹³

Destaca-se o Emergency Power Defence Act (1939) e Defense of the Realm Act (1914) no Reino Unido, bem como Emergency Price Control e Stabilization Act (1942) nos Estados Unidos, que conferiam amplos poderes ao Executivo e em razão da situação de emergência econômica.²¹⁴

²¹² URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 13. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²¹³ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 17-18. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²¹⁴ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 17-18. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

Ao longo do tempo, contudo, percebeu-se que a crise econômica poderia advir por si só, independentemente de crise outras, como a política, decorrentes, por exemplo, de conflitos armados com outras nações. Percebeu-se que, diante de um mercado interligado pela globalização, simples fatores de mercado eram capazes de propiciar crises.²¹⁵

Observou-se, dentre eles o presidente F.D. Roosevelt, inclusive, que a crise econômica pode resultar em danos à ordem constitucional de mesma magnitude das crises políticas ou oriunda de catástrofe naturais, sem dispor, contudo, das prerrogativas constitucionais de exceção, como a suspensão temporária de direitos de índole fundamental.²¹⁶

Percebe-se, desse modo, que tal situação não pode vir a quedar desamparada pelo texto constitucional, inclusive, para o próprio benefício do cidadão, uma vez que ter-se-ia balizas fixadas de controle ao invariável e emergencial agir do Estado.

3.3.2 Doutrinário

Delineados aspectos históricos, é importante ressaltar que o aporte doutrinário é de grande valia para aqueles que buscam substratos suficientes para construção de um estado de crise financeira por caminho outro que o da positivação da Lei Maior.

Aponta para o século XIX as primeiras construções doutrinárias a fim de legitimar este Estado de Crise. Nesse cenário, havia o entendimento de Santi Romano, bem como o de Jellinek que elevava a necessidade à condição de fonte jurídica.²¹⁷ Explica Gilberto Bercovici que:

Segundo Jellinek, a necessidade é fonte do direito. Em sua opinião, os fundamentos do Estado suscitam a necessidade, não apenas nos tempos de crise, mas no curso da vida normal. A necessidade pode modificar a organização estatal contra a letra da

²¹⁵ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 17. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²¹⁶ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 20. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²¹⁷ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 20. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

constituição, sendo, para Jellinek, a necessidade política um dos principais fatores de mutação e transformação constitucional.²¹⁸

Julgavam assim que “se o direito não puder apresentar uma resposta adequada, a resposta irá prescindir do direito”. Entende-se, em razão disso, que a Constituição “deve ser um navio preparado para enfrentar não só calma, mas também fortes tempestades.”²¹⁹

Havia teorias que reputavam o Estado de Exceção como fato qualificado do direito. Dentre elas, a teoria alemã de Nothrecht, que atribuía ao Estado condição de titular de um direito de emergência, direito natural, de caráter excepcional, apto a legitimar eventuais transgressões a ordem jurídica posta.²²⁰

Seguindo a mesma lógica da teoria alemã, Hauriou, na França, transpunha a lógica da legítima defesa do Direito Internacional ao Direito Constitucional, sustentando assim a possibilidade de concessão de poderes excepcionais, assim como a ingerência do Executivo frente aos demais, em nome da continuidade, da sobrevivência do Estado.²²¹

No mesmo sentido propugnava Trentin, dessa vez na Itália, proclamando a existência de um direito que assegurasse a sobrevivência do Estado, mesmo que implicasse em transgressões temporárias à ordem vigente.²²²

²¹⁸ BERCOVICI, Gilberto *apud* LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 113. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²¹⁹ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 112. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²²⁰ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 20. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²²¹ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 20. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²²² URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 20. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

Há também quem conceba o estado de exceção, fundamentando pela lógica constitucional. Nesse sentido, teríamos a Teoria da Ditadura da Constituição, desenvolvida por Carl Schimmit, bem como a Teoria da Constitucional Dictatorship, de Clinton Rossiter.²²³

Antes, contudo, de adentrar nas teorias das ditaduras constitucionais, cumpre recapitular a sua origem. Em seu nascedouro, na República Romana, a ditadura configurava como uma justiça extraordinária, reservada a enfrentar situações excepcionais, uma vez que se percebera a clara incapacidade da ordem posta em lidar com tal situação. Tolerava-se, desse modo, a concentração de poder nas mãos de um soberano, com prazo e limites pré-fixados, a fim de que este pudesse resguardar a continuidade do Estado.²²⁴

Em razão desta influência é que começam a surgir as teorias das ditaduras constitucionais, dentre elas, a de Carl Schimmit, amplamente conhecida, e que se subdivide em ditadura comissária e ditadura soberana. A primeira nada mais seria do que a possibilidade do “soberano” vir a transgredir casuisticamente leis constitucionais²²⁵ vigentes, a fim de melhor salvaguardar a Constituição.²²⁶

A ditadura soberana, por sua vez, conforme bem adverte Gabriel Prado Leal, esboçaria um problema político. O “soberano” aqui não esbarraria nos limites materiais da Constituição, uma vez que o que se deseja irromper o atual estado de coisas, por meio da imposição de uma nova ordem constitucional. O encadeamento de eventos assim seria sinteticamente representado pelo seguinte esquema: “situação de normalidade → legalidade ordinária; situação de risco → ditadura comissária; continuidade do risco/crise estrutural profunda → queda do Estado, com o soberano impondo uma nova ordem”.²²⁷

²²³ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 21. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 28 jan. 2019.

²²⁴ DE CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O Estado de necessidade econômico-financeiro e direitos fundamentais**. P. 05. Disponível em: <http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/viewFile/265/262>. Acesso em: 03 fev. 2019.

²²⁵ Cumpre rememorar a própria distinção feita por Carl Schimmit entre Leis Constitucionais e Constituição. As leis constitucionais são aquelas que se encontram formalmente na constituição, sem dispor, contudo, de conteúdo político fundamental.

²²⁶ DE CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O Estado de necessidade econômico-financeiro e direitos fundamentais**. P. 08. Disponível em: <http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/viewFile/265/262>. Acesso em: 03 fev. 2019.

²²⁷ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 89. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%2>

Clinton Rossiter, por sua vez, teorizava que, por ser um pressuposto ínsito de toda ordem constitucional, de todo o constitucionalismo, a sobrevivência do estado, estaria o governo constitucional democrático, no período de crise, legitimado a remodelar-se, até a recomposição do estado ordinário de coisas, em prol da sua própria sobrevivência. Vigeria assim a máxima “*more government and less liberty*”.²²⁸

O qualificativo constitucional adviria do fato desta ditadura ser pautada pelos princípios da necessidade e temporariedade. Seriam esses princípios orientadores que distanciariam esta ditadura constitucional das ditaduras que normalmente se imagina, em razão da “carga negativa que o vocábulo ‘ditadura’ carrega, que por si só impõe uma barreira psicológica para a correta compreensão do fenômeno”.²²⁹

Logo, percebe-se, igualmente ao fundamento histórico, a existência de fartos modelos doutrinários capazes de fornecer balizas aptas a ensejar a concepção de um Estado de Emergência Econômico-Financeira.

3.3.3 Jurídico

Além dos subsídios históricos e doutrinários, observa Maria Benedita Urbano que, em que pese não se possa extrair do Art. 19 da Constituição Portuguesa, que trata acerca dos estados excepcionais, o Estado de Emergência Financeira, este faz-se extraível a partir de uma interpretação sistemática da Constituição.²³⁰

0A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

²²⁸ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 89. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²²⁹ LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 89. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

²³⁰ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 22. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em 28/01/2019. P. 22

Destaca a supracitada autora que ainda que fossem desconsiderados os demais contributos elencados acima o Estado De Emergência Financeira poderia ser contemplado com eloquência, a partir de uma série de dispositivos consagrados na ordem constitucional portuguesa, tais quais:

estado de anormalidade constitucional, estado de necessidade, alteração das circunstâncias, preservação e sobrevivência do Estado, força maior, preservação da ordem pública, garantia das condições económicas que assegurem a independência nacional, promoção do aumento do bem-estar e da qualidade de vida das pessoas baseada numa estratégia de desenvolvimento sustentável, etc. Todas estas ideias-chave se reportam a bens e valores constitucionais que se expandem para além dos dispositivos supramencionados, em particular, dos que consagram o estado de sítio e o estado de emergência.²³¹

Baseando-se agora na Constituição da República Federativa do Brasil, que compartilha de muitos dos valores narrados acima, temos dentre outros aspectos interessantes a se suscitar o Art. 3º, II, que versa que um dos objetivos fundamentais a serem percorridos pela República Federativa do Brasil é o de garantir o desenvolvimento nacional. Ora, garantir o desenvolvimento do Estado perpassa preliminarmente por assegurar a sobrevivência deste.

Merece destaque também para o Art. 1º, I, que eleva a condição de fundamento da república justamente a Soberania, que nada mais é do que justamente nos dizeres de Marcello Caetano (p.132, 2003):

A soberania pode ser definida como um poder político supremo e independente. Supremo, por não estar limitado por nenhum outro na ordem interna; independente, por não ter de acatar, na ordem internacional, regras que não sejam voluntariamente aceites e por estar em igualdade com os poderes supremos de outros povos.²³²

Outro fato curioso na Constituição Brasileira é que ela dispõe sobre a possibilidade de intervenção federal de um ente de maior abrangência noutro de menor abrangência, em razão de certos motivos econômicos financeiros (art. 34, V).

Vê-se, portanto, que a ordem jurídico-constitucional de ambos os países conjuga de elementos expressos aptos a, de igual modo aos demais fundamentos anteriormente expostos, propiciar, bem como legitimar a construção de um Estado Emergência Econômico-Financeira.

²³¹ URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 11. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em 28/01/2019. P. 11

²³² CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional, Tomo I**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

3.4 O FENÔMENO

Analizada a viabilidade jurídica, assim como verificado os fundamentos que conferem substrato à questão, cumpre-se analisar o fenômeno, ou seja, o que se verdadeiramente tem chamado de Jurisprudência da Crise.

Destaca Jorge Reis Novais, em riquíssimo seminário específico ao tema, que a Jurisprudência da Crise surge a partir necessidade de se oferecer uma resposta ao problema de natureza política, mas também jurídica, de saber se a Constituição deve ser aplicada neste período de emergência-financeira, bem como se o Tribunal Constitucional mantém a integralidade dos seus poderes de fiscalização ou se, em razão das excepcionais circunstâncias, tanto os poderes do Tribunal Constitucional, como a vinculatividade das prescrições constitucionais ficariam atenuados.²³³

Diz-se, em razão disso, que a Jurisprudência da Crise nada mais seria do que o diálogo, ou melhor, o “processo negocial” travado entre a normatividade do texto constitucional frente às circunstâncias fáticas que a circundavam. Seria a interlocução temporária, da visão meramente positivista, “à verdade do mundo”.²³⁴

As circunstâncias especiais experimentadas não só deram ensejo a uma reflexão, como encorajaram a revisão, em caráter temporário, de certos paradigmas, a fim de que melhor restasse atendida as necessidades momentâneas. Portanto, a Jurisprudência da Crise nada mais se propôs do que medir a imperatividade do texto positivado, frente outros valores, talvez mais urgentes, extraídos da realidade fática.²³⁵

Carlos de Blanco Moraes, no sobredito seminário da Universidade de Lisboa, aponta que as constituições modernas reclamam de uma interpretação de suas regras e princípios, em

²³³ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²³⁴ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun. 2014, p. 03. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²³⁵ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun. 2014, p. 03. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

consonância com o que denomina de “ambiente normativo”, que seria a realidade fática subjacente.²³⁶

Nesse mesmo sentido, são as inolvidáveis lições do constitucionalista Friedrich Müller, que entende que o processo de interpretação constitucional deriva não apenas da apreensão puramente do texto, apenas a ponta do iceberg normativo, como também do domínio normativo, que seria o contexto fático subjacente.²³⁷

O jurista e ministro português, Miguel Poiares Maduro, compartilhava do mesmo entendimento, salientando que a adequação das normas à realidade é uma regra ínsita da hermenêutica jurídica.²³⁸ Assevera, desse modo, que:

[...] os princípios constitucionais só fazem sentido adaptados ao contexto. O direito só é bem interpretado quando é adaptado ao contexto económico e social que vai mudando ao longo do tempo. As constituições mais duradouras e que conseguem ter um papel mais efectivo nas sociedades são aquelas cujos princípios constitucionais se vão adaptando à realidade política social e económica. Nesse sentido é a própria natureza dos princípios constitucionais enquanto princípios que têm uma ambição normativa temporal prolongada [...].²³⁹

Destaca Jorge Reis Novais que a Constituição de vinculatividade absoluta, definitiva, aplicada de forma inflexível, sob quaisquer circunstâncias e realidades, não existe em nenhum lugar do mundo. Assinala, desse modo, que a Constituição que almeje ser minimamente normativa, isto é, influente na vida política em sociedade, deve estar atenta à realidade que a circunda.²⁴⁰ Percebera, com isso, que o contexto de crise oportunizara uma certa maleabilidade normativa, uma vez que na condição de emergência e crise se colocam, de igual modo, e em igual ou maior relevância, outros interesses, outros valores diferentes além daqueles usualmente vigentes no contexto de normalidade.²⁴¹

²³⁶ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 1.213

²³⁸ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, n. 130, 2012, p.15

²³⁹ MADURO, Miguel Poiares apud HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, n. 130, 2012, p.15

²⁴⁰ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁴¹ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

Reputa o sobredito jurista que em razão disso tanto os juristas, como os juízes, não poderiam empregar as prescrições normativas, como se vivessem em uma situação de normalidade, sob pena de se consagrar a irrazoável lógica do: “aplica-se a lei e perece o mundo; o mundo fica destruído, mas o tribunal aplica a lei inflexivelmente”.²⁴²

Entende, diversamente de muitos juristas que concebiam um governo de mãos livres para editar as medidas de austeridade, que é neste instante de instabilidade e de tomada de decisões do mais alto relevo que deve as medidas de austeridade perpassar pelo crivo do Tribunal Constitucional, do Parlamento, da Imprensa e da própria Constituição, pois vive-se em uma Democracia, em um Estado Democrático de Direito, e as medidas que implicam em sacrifícios e perdas merecem ser debatidas na esfera pública.²⁴³

Percebeu-se que nesse cenário de crise o Tribunal Constitucional esteve mais complacente com medidas de austeridade, reputando constitucional, ao valorar com maior intensidade o contexto vivido, medidas legislativas, que tradicionalmente, sob normais circunstâncias, tomariam outro desfecho.²⁴⁴

Um fato curioso que observara Carlos Blanco de Moraes foi o de que o Tribunal Constitucional, em razão de inexistir a positivação expressa de um Estado de Exceção Financeira, bem como pelo fato de lhe competir, por último, o controle de validade de políticas públicas, se transformara em um Poder Moderador, partilhando do poder político com o presidente.²⁴⁵ Percebera assim que:

[...] a vontade popular representativa se tornou subsidiária no processo de implementação efetiva dessas políticas. Isso porque as oposições e grupos de pressão relativizaram as suas derrotas no parlamento, procedendo ao envio dos diplomas aos quais discordavam politicamente para mais uma corrida numa nova instância. E a maioria governamental foi forçada a desdobrar-se, na produção de extensos relatórios justificativos de mérito e validade de suas políticas. Todos atores políticos acederam a um soberano investido na última palavra sobre a tramitação das políticas estruturantes do país, e o facto é que esse tipo de protagonismo

²⁴² ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁴³ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁴⁴ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun. 2014, p. 03. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁴⁵ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

jurisdicional não corresponde exatamente ao espírito do figurino órgão de controlo que foi desenhado pela revisão constitucional de 1982.²⁴⁶

Comprova-se tal questão, a partir da análise dos próprios acórdãos do Tribunal. Este, ao ser instado a solucionar questão que inexistira até então, acabara por assentar, ao decidir, por exemplo, o que viria a ser a tal exceção financeira, os seus pressupostos, a sua duração, além elege medidas aptas a lhe fazer frente.²⁴⁷

Destaque-se, que em razão da calamitosa situação vivida por Portugal, bem como em face da enorme repercussão das medidas tomadas, o Tribunal Constitucional, quando fora instado a apreciar a questão, saíra do ostracismo, e mesmo do desconhecimento, para principal ator político de Portugal. Suas decisões assim passaram a ser acompanhadas por grandes figuras públicas, dividindo a opinião dos juristas.²⁴⁸

Vivera o Tribunal Constitucional, conforme visto, o grande dilema entre salvaguardar a pura simples prescrição constitucional e a sua força normativa ou a solvibilidade e assim sobrevivência do Estado, em razão da rara situação econômica vivida em Portugal. A sua atuação chamara atenção, conforme dito, pelo fato de ele vir a ser provocado para decidir por último, podendo pôr em xeque ou não as políticas de austeridade adotadas a fim de melhor cumprir o compromisso internacional e assim continuar a receber a ajuda financeira.

Esse Tribunal, conforme se verá, se mostrara complacente a tais medidas, em razão da necessidade de se observar alguns princípios constitucionais igualmente importantes, não deixando, contudo, de realizar o controle de constitucionalidade, a partir de alguns princípios, por ele elegidos, como limite dos sacrifícios.

3.4.1 Princípios Fundantes

Pois bem, discutido o fenômeno propriamente dito cumpre analisar, em linhas rápidas, alguns dos seus princípios fundantes, quais sejam, o princípio da sustentabilidade financeira do

²⁴⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 69

²⁴⁷ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁴⁸ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun. 2014, p. 02. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Estado, bem como o princípio da justiça ou responsabilidade intergeracional, por serem os que mais se destacam.

3.4.1.1 Princípio da Sustentabilidade Financeira

É preciso começar dizendo que o princípio da sustentabilidade financeira é um dos subprincípios do princípio constitucional da sustentabilidade, que nada mais roga do que o compromisso do povo, bem como do Poder Público de promover o desenvolvimento material e imaterial, de modo a salvaguardar o bem-estar da corrente geração, bem como das vindouras.²⁴⁹

O princípio da sustentabilidade vem sendo considerado, conforme as lições de Peter Haberle, como pressuposto ínsito do Estado Constitucional. Há quem sugira, inclusive, que seja este o atual desafio do constitucionalismo, que volta e meia vê suas conquistas ameaçadas, senão vejamos o que se debate com a crise do estado social.²⁵⁰ A vagueza, contudo, do seu conteúdo, obriga a conformação deste, sempre em concreto, com os demais direitos, bem como com as condicionantes fáticas. A sustentabilidade financeira, como subprincípio, não foge a essa regra.²⁵¹ Parte-se, então, para a análise desse subprincípio, em razão da sua pertinência para este trabalho.

O princípio da sustentabilidade financeira, em que pese não esteja positivado expressamente nos diplomas constitucionais português e brasileiro, é deles facilmente extraído, a partir da análise acurada de alguns dispositivos. A exemplo, o art. 66, nº 1, alínea D, da CRP, no que tange ao meio ambiente, bem como o artigo 64º, §2º, alínea a) e 74º, §2º, alínea. e), no que tange à ordem social, saúde e educação, respectivamente.²⁵²

²⁴⁹ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional:** um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 17. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁵⁰ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional:** um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 18. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁵¹ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional:** um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 18. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁵² TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional:** um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 18. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

Na CRFB, tal compromisso extrai-se a partir do art. 225 da Constituição, que roga por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como pelo art. 170, VI, que orienta a ordem econômica com base na defesa do meio ambiente. Esses artigos acabam condicionando o art. 3, II, que define como um dos objetivos fundamentais da república o desenvolvimento nacional, impondo assim a busca pelo desenvolvimento sustentável.²⁵³

Pois bem, superada essa questão, cumpre ressaltar que tal subprincípio tem sido invocado no atual contexto em que a ausência de capital frente à agenda de compromissos assumidos pelo Estado Moderno tem acarretado significativo aumento do endividamento público, através da emissão de títulos da dívida pública.²⁵⁴

É em face desse agir irresponsável do qual o estado tem se valido, agir este que vem destruindo uma série de opções de futuro de pessoas e gerações, é que este princípio tem sido clamado e tem conquistado notoriedade.²⁵⁵

Entende João Loureiro que a visão neojoaquimista do constitucionalismo, qual seja, a visão apaixonada, que desconsidera o contexto fático, em prol de uma normatividade absoluta dos direitos, inflexível, não tem sido, de longe, a visão mais sustentável, do ponto de vista das contas públicas do Estado.²⁵⁶

Nesse quesito, destaca José Gomes Canotilho que apenas se extrairia a razoabilidade, a legitimidade da contração de dívida pública, a partir do instante em que o peso pelo endividamento público a ser suportado pelas gerações futuras implicasse em equivalente vantagens para esses grupos.²⁵⁷

Assim, é nesse cenário de crise e reflexão, em razão do substancial acréscimo da dívida pública, que esse subprincípio se reveste de suma importância, visto que este propõe, através

²⁵³ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 18. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁵⁴ LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 97

²⁵⁵ LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 97

²⁵⁶ LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 98

²⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 98

da adequada ponderação entre custos e benefícios, bem como a partir da busca pela eficiência na prestação dos serviços estatais, racionalizar os gastos, promovendo um equilíbrio do orçamento capaz de propiciar a continuidade do Estado para as gerações vindouras.²⁵⁸

3.4.1.2 Princípio da Responsabilidade Intergeracional

Outro princípio que se encontra inserido nesse contexto é o princípio da justiça ou responsabilidade intergeracional, o qual, como bem salienta Marcus Tavares, se aproxima ao princípio da sustentabilidade, mas com este não se confunde, uma vez que, enquanto a sustentabilidade propõe um meio de ação, a responsabilidade intergeracional se destina ao alcance de um objetivo.²⁵⁹

O objetivo seria justamente salvaguardar as contas públicas, a solvibilidade do Estado, a fim de que as opções elegidas no presente não venham a sacrificar, de forma desarrazoada, as gerações vindouras. A correlação entre os princípios aludidos acima se daria pelo fato de ser a sustentabilidade financeira o meio para o alcance desse objetivo.²⁶⁰

Hans Jonas propõe a concepção de um novo imperativo categórico, muito calcado nesta ideia, senão vejamos: “[a]ge de tal maneira que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a preservação da vida humana genuína”, ou, na versão negativa, “[a]ge de tal modo que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”.²⁶¹

²⁵⁸ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 23. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁵⁹ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 27. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁶⁰ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 27. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁶¹ JONAS, Hans apud LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 100

Destaca Marcus Tavares, em dissertação específica sobre o tema, que em face desse princípio discute-se a viabilidade de se construir amarras às gerações presentes, a fim de que restasse oportunizada às gerações futuras a possibilidade de fruir das mesmas oportunidades.²⁶²

Nesse sentido, haveria a teoria do *generational constitutional law*, do professor Peter Haberle, que preconiza a constituição de contratos entre a presente geração com as vindouras, a fim de melhor otimizar a liberdade dos que aqui habitam, com os interesses dos que estão por vir.²⁶³

Destaque-se, contudo, que há quem aluda pela impossibilidade de assegurar direitos a uma geração ora incerta, por ser futura, ora indeterminada. Há quem ressalte também a dificuldade de se responsabilizar pessoas, que talvez sequer existam mais, por danos futuros.²⁶⁴ Por isso, há quem aluda que o mais interessante seria a constitucionalização expressa desse princípio, evitando-se assim com que a “ditadura do presente” venha a impossibilitar o exercício de preceitos fundamentais tão caros como o da autonomia da vontade e a liberdade humana às gerações vindouras. Desenvolver-se-ia, com isso, um sistema sustentável.²⁶⁵

Percebe-se, contudo, que ainda que implícito, tal princípio vige e deve ser observado na ordem constitucional, justamente por não se coadunar com o texto constitucional esta visão um tanto quanto egoística que, valendo-se do argumento da incerteza das gerações futuras, bem como da dificuldade de se responsabilizar pessoas que talvez sequer existam mais, não reconhecem a normatividade deste sobredito princípio.

3.4.2 Princípios balizadores

Pontua Reis Novais, na conferência em Lisboa, que há a concepção equivocada, de muitos, de que em épocas de crise não haveria inconstitucionalidade, não haveria controle. Reputa que

²⁶² TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 28. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁶³ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 28. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁶⁴ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 29. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

²⁶⁵ TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional**: um estudo dos sistemas português e brasileiro. P. 30. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

sob esse contexto é que mais se faz necessário salvaguardar a Constituição, é que reclama maior atenção do Tribunal Constitucional quanto ao exercício de seu papel, que não é o de fazer política e sim o de limitá-la aos preceitos constitucionais.²⁶⁶

Ressalva Reis Novais, contudo, que por se tratar de um juízo sob opções políticas, e a tomada destas incumbirem apenas ao Legislativo, só poderia estas quedarem limitadas, restringidas pelo Tribunal Constitucional, nos casos em que houvessem inequívocos critérios de evidência para inconstitucionalidade, vigorando aos demais casos o *in dubio pro austeridade*.²⁶⁷

Extraiu-se, da leitura dos acórdãos, que esta fora exatamente a postura do Tribunal Constitucional, ao estar diante de demandas complexas, com repercussões inimagináveis. Este, nessa situação, optara por valorizar tanto o poder de conformação do legislador, como o contexto de emergência econômico-financeira, limitando o seu escrutínio a um indistinto “critério de evidência”.²⁶⁸

Percebeu-se, para além disso, que o Tribunal Constitucional, nesse período, dotara a Constituição de novos contornos interpretativos, adotando, para melhor se fazer frente a este período de exceção financeira, novos parâmetros para a mensuração da constitucionalidade.²⁶⁹ Destacou-se, dentre as novas medidas, a dita “cláusula da transitoriedade temporalmente delimitada de sacrifícios”, que nada mais era do que um aditivo temporário à Constituição, destinado ao melhor cumprimento dos compromissos assumidos com a Troika.²⁷⁰

Tal opção, conforme bem salienta Vitolino Canas, é típica das constituições *prima facies*, que são aquelas compostas por “quadros normativos que estabelecem uma disciplina de princípio

²⁶⁶ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018. P.21

²⁶⁷ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁶⁸ PEREIRA, Ravi Afonso. **Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público**. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 68

²⁷⁰ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

que é superada se houver razões cuja ponderação concreta – pautada pelo que temos designado de comandos de ponderação e otimização – justifique aquela superação”.²⁷¹

A adaptabilidade das normas, e assim o êxito das medidas de austeridade, ficavam, contudo, condicionadas ao exame junto às balizas principiológicas da proporcionalidade, igualdade e proteção da confiança. Cumpre analisar, portanto, esses princípios que figuraram como verdadeiros obstáculos ao poder de conformação do legislador, quando transgredidos em evidência.²⁷²

3.4.2.1 Princípio da Proteção da Confiança

Para início de conversa, cumpre pontuar que o princípio da proteção da confiança, originalmente idealizado pela jurisprudência alemã, não se encontra corporificado expressamente no texto constitucional português, tendo sido concebido jurisprudencialmente pelo Tribunal Constitucional Português.²⁷³

Depreende-se do Acórdão 307/90 que o princípio da confiança nada mais seria do que um princípio, típico de um Estado Democrático de Direito, que visa assegurar o mínimo de segurança e certeza aos direitos, bem como as legítimas expectativas criadas pelo cidadão.²⁷⁴

Jorge Miranda entende que “os cidadãos têm direito à protecção da confiança, da confiança que podem pôr nos actos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de boa-fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares)”.²⁷⁵

Destaca Monique Sacramento que com o passar do tempo o Tribunal Constitucional desenvolveu critérios para a aferição do supracitado princípio, quais sejam: 1º) o fato do

²⁷¹ CANAS, Vitolino. **Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade e confiança.** Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001#_ftn3. Acesso em: 06 fev. 2019.

²⁷² CANAS, Vitolino. **Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade e confiança.** Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001#_ftn3. Acesso em: 06 fev. 2019.

²⁷³ SACRAMENTO, Monique da Silva. **O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do tribunal constitucional português em tempos de crise económico-financeira.** P. 43. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42035/1/Monique%20Sacramento.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

²⁷⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 307/90. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 06/02/2019.

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 312.

Estado ter induzido, com seu comportamento, nos particulares, a esperança de perenidade da ordem jurídica; 2º) que a esperança fruída pelos particulares seja legítima, fundada em motivos plausíveis; 3º) que os particulares tenham, em razão dessa crença legítima, efetuados projetos de vida; 4º) que inexistam motivos de interesse público aptos a legitimar, através de um juízo de ponderação, a alteração da conduta do Estado.²⁷⁶ Estes quatro requisitos transpunham a lógica da sucessividade e prejudicialidade, condicionando o juízo de ponderação, pelo Tribunal, à existência dos quatro requisitos. A inexistência, portanto, do quarto requisito, cuja definição quedava numa zona cinzenta, obstava o prosseguimento da análise pelo Tribunal.²⁷⁷

Dessa forma, percebe-se que a situação de excepcionalidade fizera com que o Tribunal Constitucional transmutasse o conceito do princípio da proteção da confiança, antes mais abrangente, para um conceito mais restrito, estando este a serviço do período de excepcionalidade econômica, a fim de viabilizar a consecução das políticas de austeridade.

3.4.2.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, conforme bem adverte Vitalino Canas, tem na sua concepção clássica a velha máxima de que deve se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. O decurso do tempo propiciara o advento de fórmulas mais robustas do princípio da igualdade.²⁷⁸

Destaca-se, para este presente estudo, o que se convencionara chamar de “igualdade proporcional”. A relevância da análise, em específico, desta concepção, decorre justamente do fato desta vir a estar presente nos emblemáticos acórdãos da “jurisprudência da crise”.²⁷⁹

²⁷⁶ SACRAMENTO, Monique da Silva. **O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do tribunal constitucional português em tempos de crise econômico-financeira**. P. 46. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42035/1/Monique%20Sacramento.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

²⁷⁷ CANAS, Vitalino. **Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança**. Lisboa, 2014. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 out. 2018.

²⁷⁸ CANAS, Vitalino. **Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança**. Lisboa, 2014. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 out. 2018.

²⁷⁹ PEREIRA, Ravi Afonso. **Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público**. P. 369. Disponível em:

Extrai-se da leitura do acórdão nº 39/1988 do TC que a sua proposta nada mais seria do que oferecer um tratamento igual para os que se encontram em situação de igualdade, e um tratamento desigual, mas proporcionado, aos desiguais. A partir disso, se vislumbraria a concretização do princípio objetivo da Justiça.²⁸⁰

Percebe-se, desse modo, que este princípio nada mais é do que a adaptação da proporcionalidade a estrutura do princípio da igualdade. Volta-se a esse princípio, então, para averiguação, não do grau de afetação do direito, a partir da perspectiva da vedação do excesso ou da proteção insuficiente, como o da proporcionalidade, e sim do trato conferido ao indivíduo, a partir da sua necessidade, em relação ao demais.²⁸¹

Visa, pois, este sobredito princípio, com fulcro no princípio da isonomia, limitar que pessoas ou mesmo grupos venham a suportar sacrifícios distintos durante a crise, estando no mesmo patamar, sem, portanto, idônea causa, interesse apto a legitimar esta diferenciação.

3.4.2.3 Proporcionalidade

A proporcionalidade, diferente dos outros princípios, que acabaram tomando contornos próprios pelo Tribunal, seguia a sua concepção clássica, dupla face, de proibir o excesso, bem como vedar a proteção insuficiente, no conflito entre direitos.²⁸² Esse princípio, no contexto de crise, ensejara a análise das medidas de austeridade, a partir das suas três dimensões, quais sejam, respectivamente: a idoneidade da medida ao problema do déficit orçamentário;

<http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁸⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/88. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 06/02/2019.

²⁸¹ PEREIRA, Ravi Afonso. **Igualdade e proporcionalidade**: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. P. 364. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁸² PEREIRA, Ravi Afonso. **Igualdade e proporcionalidade**: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. P. 363. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

necessidade da mesma observando os “limites de sacrifício” exigíveis ao cidadão; e, pôr fim, a imprescindibilidade da mesma, não podendo, contudo, resultar em excessividade.²⁸³

Tal princípio, em razão da instrumentalidade, do juízo de ponderação que propõe, aparecera muitas vezes, ainda que indiretamente, na análise feita pelo Tribunal sobre as supostas violações aos princípios da proteção da confiança e da igualdade. Houve momentos, contudo, em que o Tribunal se viu instado a enfrentar diretamente tal princípio, vide quando se instituiu a CES.²⁸⁴

Esta tríade principiológica, para Reis Novais, servia assim como standards limitadores à cota de sacrifício dispendida pelo cidadão. Em que pese fosse reconhecida a necessidade de o cidadão suportar certo sacrifício, por conta do grave cenário de crise, para satisfação das necessidades públicas, esta não pode se dar a qualquer custo, havendo, portanto, um limite.²⁸⁵

As medidas de austeridade que implicavam em sacrifícios, apenas restariam condizentes com a ordem jurídica quando a cota de sacrifício dispendida pelo cidadão estivesse dentro do “limite de sacrifício” tolerado pelo Tribunal Constitucional.²⁸⁶

Percebe-se, desse modo, que não fora dado azo a posturas arbitrárias do Poder Executivo e Legislativo ao proporem as ditas medidas de austeridade. Em que pese o Tribunal Constitucional, conforme será visto, tenha sido mais complacente com a situação excepcional, o mesmo não legitimara toda e qualquer medida, não sendo pouca as vezes que reconheceria, de igual modo, a inconstitucionalidade parcial de alguns dispositivos, em razão do excesso do mesmo, da flagrância evidência de violação a tríade principiológica.

²⁸³ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 05. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁸⁴ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 90. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171>. Acesso em: 02 fev. 2019.

²⁸⁵ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁸⁶ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

3.5 ANÁLISE DE CASOS

Dito isso, cumpre analisar quatro casos emblemáticos: 396/2011, 353/2012, 187/2013 e o 413/2014, nos quais o Tribunal Constitucional se viu instado a realizar a fiscalização de constitucionalidade das leis orçamentárias que advieram logo após o compromisso assumido com a Troika. Percebeu-se que este, de forma geral, valendo-se do interesse público de extremo relevo, e atento ao cenário atípico e precário instalado, deferiu, inclusive mais de uma vez, constitucionalidade a situações que dentro da normalidade tomariam outro desfecho. Há quem aponte, inclusive, que nesse período houvera a cedência da normatividade à realidade do mundo.²⁸⁷

3.5.1 Acórdão 396/2011

O primeiro acórdão a apreciar as medidas de austeridades, após a assinatura do memorando Troika, foi o Acórdão 396/2011. Questionava-se nesse acórdão a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Orçamentária de 2011, aprovada em novembro de 2010.²⁸⁸

A Lei Orçamentária, em que pese tivera sido confeccionada anteriormente às diretrizes fixadas pelo Memorando de Entendimento, haja vista o fato da sua aprovação ter se dado em momento pretérito à assinatura desse acordo internacional, em maio de 2011, teve o seu julgamento deveras influenciado pelo memorando, e considerado pelos julgadores. Em face disso, resta analisá-lo detidamente.²⁸⁹

Destaca-se, nesse acórdão, justamente a discussão acerca da constitucionalidade da redução de salários, entre 3,5% e 10%, dos funcionários públicos que percebiam valor superior a 1500

²⁸⁷ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 05. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁸⁸ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 328. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁸⁹ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 328. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

euros, em razão do interesse público de extremo relevo, frente à necessidade salutar de salvaguardar a proteção da confiança depositada pelos cidadãos que, em razão das legítimas expectativas criadas, sedimentaram suas vidas.²⁹⁰

O Tribunal Constitucional entendera, no seu juízo de ponderação, que o interesse público era apto, por si só, a legitimar a edição da medida pelo Estado, devendo, portanto, prevalecer sobre o princípio da proteção da confiança, no presente caso, em razão da necessidade de honrar os compromissos internacionais assumidos. Não perfazia assim o 4º requisito, já examinado, elaborado pela jurisprudência do Tribunal.²⁹¹

Para além disso, entendeu o Tribunal que tal medida não violara o direito de retribuição. Aduz, em sua argumentação, que o direito fundamental consagrado constitucionalmente a partir do Art. 59, nº 1, alínea A da Constituição Portuguesa, é o direito ao salário, puro e simplesmente, não abarcando, assim, o montante dessa retribuição.²⁹²

Entendeu a Corte Constitucional de Portugal que desde que garantido o mínimo, as diminuições salariais não acarretariam em ofensa à dignidade da pessoa humana, por não impactar em bem primário, essencial. Tal alteração, em razão disso, poderia, inclusive, como ocorrera, advir por meio lei.²⁹³

Decidira o tribunal que não houve violação ao princípio da igualdade, uma vez que quase a totalidade dos servidores públicos estavam englobados nessa medida. Pontua, ademais, que a isenção dessa medida aos que auferissem menos de 1500 euros, não violaria tal princípio, em razão dessas pessoas estarem em situação diferenciada.²⁹⁴

²⁹⁰ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 05. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁹¹ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 331. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁹² ANDRADE, Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 70.

²⁹³ ANDRADE, Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 70.

²⁹⁴ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 334. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

No que tange ao princípio da igualdade na repartição de sacrifícios entre os servidores públicos e os particulares, entendeu o governo, nesse instante, que os agentes públicos gozam, por vezes, de direitos e regalias, bem como de um padrão médio remuneratório distinto do particular. Em razão disso, entendeu-se que tal medida não ofendia a igualdade proporcional, em razão da desproporção pré-existente.²⁹⁵

Frisa António M. Hespanha que essa decisão do Tribunal Constitucional perpassara muito pela distinção entre medidas temporárias e medidas definitivas, tendo enfatizado o Tribunal, em algumas oportunidades, que as tais reduções salariais foram por ele aceitas, em razão justamente da provisoriedade da medida, que se daria até 2014, data fim da vigência do memorando.²⁹⁶

Fato curioso também é que o Tribunal, ao reputar que tal medida se encontrava dentro do “limite de sacrifício” a ser suportado pelos cidadãos, nesse período de exceção econômico-financeira, acabara fixando, pela primeira vez, um parâmetro ao sacrifício que devesse vir a ser suportado pela sociedade.²⁹⁷

3.5.2 Acórdão 353/2012

O acórdão 353/2012, por sua vez, advém da apreciação do Tribunal Constitucional acerca das supostas alegações de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Orçamentário de 2012. Esta, diferente da que lhe precedeu, já fora idealizada nesse contexto de ajuda financeira, sendo pensada a partir da necessidade de se seguir os objetivos traçados pelo plano de assistência econômico financeira elaborada pelo Memorando.²⁹⁸

²⁹⁵ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 340. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁹⁶ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130, 2012, p. 17

²⁹⁷ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 05. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

²⁹⁸ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 328. Disponível em:

Em suma, fora questionada nesse acórdão a constitucionalidade das medidas que suspendiam o subsídio de férias, bem como o 13º salário dos funcionários públicos e pensionistas, gerando um decréscimo do rendimento anual de aproximadamente 14,5%. O debate travado pelo tribunal residia em torno da justiça dos funcionários públicos virem a suportar mais esta cota de sacrifício.²⁹⁹

Primeiramente, observara o Tribunal Constitucional que tal medida não constava no Plano de Ajustamento Econômico Financeiro (PAEF), ajustado com o FMI, o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia. Percebera, para além disso, que tal medida vinha a acrescer a outras que já acometiam esses grupos.³⁰⁰

A Corte Constitucional, assim, valendo-se dos princípios balizadores e atendo a sua atuação a critérios de evidência, entendera que nova redução no rendimento anual dos servidores públicos, bem como dos pensionistas, seria notoriamente desarrazoada, pois a repartição dos sacrifícios estaria sendo feita de forma demasiadamente desigual.³⁰¹

A igualdade proporcional, com isso, restaria flagrantemente violada, pois a apenas estes grupos, quais sejam, o dos servidores públicos e dos pensionistas, estavam recaindo os ônus da crise. Entenderam, os nobres julgadores, que o Estado devia buscar uma “política financeira alternativa” a fazer frente à crise, quer seja através das despesas, quer sob a ótica das receitas, redistribuindo o encargo da crise a toda a sociedade.³⁰²

<http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

²⁹⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 05. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁰⁰ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 328. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

³⁰¹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 05. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁰² PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 39/88. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 06/02/2019.

Esta clara manifestação política do Tribunal Constitucional sofreu inúmeras críticas, porque se entendeu que ao propor medidas alternativas a corte estaria assumindo o papel de ator político, que é algo que não lhe compete e do qual não está legitimada.³⁰³

Outra questão curiosa foi a de que a norma declarada inconstitucional teve efeitos prospectivos, tem seus efeitos estendidos até o final do ano de 2012. Arguiu-se, para essa emblemática opção, que a produção imediata dos efeitos da decisão implicaria o aumento de despesas, o que comprometeria e muito a gestão do orçamento daquele ano, que já se encontrava em curso.³⁰⁴

Baseou-se, para tanto, no art. 282, §4º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe que a declaração de inconstitucionalidade, em razão da segurança jurídica, da equidade, ou do interesse público de excepcional relevo, pode ter seus efeitos mais restritos.³⁰⁵

O caso em questão é justamente o de interesse público de excepcional relevo, uma vez que Portugal encontrava-se imerso numa crise econômico-financeiro sem precedentes, no limite do déficit pactuado (4,5% do PIB de 2012), quedando-se obrigado a se adequar às exigências dos organismos internacionais a fim de continuar a receber a ajuda financeira destes.³⁰⁶

Repudia Menezes Leitão, essa opção realizada pelo Tribunal Constitucional, pelo fato desta subverter por completo a ordem constitucional, legitimando e prorrogando medidas a ela

³⁰³ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 10. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁰⁴ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 345. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

³⁰⁵ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 345. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

³⁰⁶ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 345. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

atentatórias. Estar-se-ia, nessa situação, a suspender a Lei Maior para não embaraçar a aplicação de um comando completamente inconstitucional.³⁰⁷

Entende o sobredito autor que a tensão constitucional ocasionada pela severa crise financeira influenciou diretamente no papel exercido do Tribunal Constitucional, que se mostrou tímido ao agir mesmo em situações de violações cabais aos preceitos constitucionais. Ilustra bem, o acórdão 353/2012, que em que pese declarado inconstitucional, modulou os efeitos não apenas até o instante, como para o futuro.³⁰⁸

3.5.3 Acórdão 187/2013

O acórdão 187/2013, por sua vez, fora lavrado a partir da apreciação pelo Tribunal da constitucionalidade dos dispositivos da lei orçamentária de 2013, atinentes à manutenção do decréscimo do salário dos servidores públicos, à interrupção do subsídio das férias dos agentes públicos e pensionistas, ao incremento de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) sobre as pensões situadas entre €1.350 e €3.750, fixada entre as taxas de 3,5% e 10%, dentre outros. A análise, contudo, se deterá aos dispositivos citados, para que possa ser mais acurada.

Pois bem, no que tange à manutenção da redução salarial efetuada em 2011, o Tribunal arguirá que os argumentos dispendidos no acórdão 396/2011 estariam reforçados, visto que era esperável que tal medida fosse renovada até o fim do Memorando. Ademais, a sua inclusão nas leis orçamentárias subsequentes não acarretava mais em uma surpresa, ainda mais após o entendimento da Suprema Corte.³⁰⁹

O dispositivo, por sua vez, que dispunha sobre a interrupção do subsídio das férias para os servidores públicos e para os aposentados, foi declarado inconstitucional, em razão da

³⁰⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. P. 57. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bf25d9d3f-bb88-47c8-90f2-a7efe2701d2a%7D.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁰⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. P. 57. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bf25d9d3f-bb88-47c8-90f2-a7efe2701d2a%7D.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³⁰⁹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 15. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

violação do princípio da igualdade proporcional.³¹⁰ Entenderam os julgadores que o sacrifício adicional imposto a esses sujeitos não se justificava, em razão não só de estar-se conferindo um tratamento inequânime e desarrazoado, como também pelo fato deste não se justificar quando comparado as demais alternativas disponíveis.³¹¹

Observa Ravi Pereira que o Tribunal, na sua argumentação, acabara por clarificar o que viria a ser o princípio da igualdade proporcional, o qual nada mais é do que o liame triangular entre o grau de diferenciação imposto, quer seja com os fins perseguidas, quer seja entre os sujeitos afetados e os sujeitos não afetados com a medida, quer seja com todos os sujeitos, afetados e não afetados, com o estado.³¹²

O Tribunal, ainda no que tange à suspensão do subsídio das férias pelos beneficiários, entendeu que tal medida feriria as legítimas expectativas criadas pelos funcionários públicos e pensionistas. Pontuara, contudo, que o exame da suposta violação ao princípio da confiança quedara prejudicado em razão do interesse público de extremo relevo que se impunha no momento.³¹³

No que tange à CES, Contribuição Extraordinária de Solidariedade, o Tribunal Constitucional considerou que a mesma não se demonstrou desnecessária, imprópria, muito menos exagerada para se cumprir todas as obrigações que Portugal assumira, em razão da ajuda financeira.³¹⁴ Reputou, assim, a Corte Constitucional, pela constitucionalidade da CES, ressaltando o

³¹⁰ PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 351. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019

³¹¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 187/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

³¹² PEREIRA, Ravi Afonso. Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 98, mai./ago., 2013, p. 353. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

³¹³ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 72. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

³¹⁴ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 76. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

interesse público de extremo releve existente, bem como o fato de a medida encontrar-se dentro do “limite de sacrifício” aceitado pela jurisprudência, nesse período de crise.³¹⁵

Aduz a Suprema Corte, em seu acórdão, que essas circunstâncias excepcionais imporiam esse tipo contribuição dos segurados para o financiamento da seguridade social, sob pena de restar sobrecarregado o orçamento do estado, ou se transferir tal déficit para as gerações futuras.³¹⁶ Ressalta, de igual modo, que a Constituição é silente quanto às formas, bem como quanto às proporções, no que tange ao financiamento da seguridade social. Entende-se, por esta razão, que tal questão restaria no âmbito de conformação do legislador.³¹⁷

Cumprе destacar que tal decisão não fora unânime. O Conselheiro Fernando Vaz Ventura, por exemplo, saiu em defesa dos aposentados, asseverando que não restaria nenhuma justificativa plausível para criação deste encargo especial, uma vez que os pensionistas também foram onerados, junto com os demais cidadãos, como o aumento dos tributos. Ao seu ver, tal sacrifício a ser suportado pelos pensionistas exorbitaria do limite admitido, ainda mais pelo fato destes se encontrarem em um período da vida que os impossibilita buscar por outras fontes de renda.³¹⁸

3.5.4 Acórdão 413/2014

Importa analisar, por fim, o acórdão 423/2014, que questionava a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Orçamentária de 2014, última lei sob a égide do PAEF (Programa de Assistência Econômico Financeira) elaborada pelo Memorando de Entendimento firmado junto a Troika.³¹⁹

³¹⁵ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014, p. 18. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

³¹⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 187/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

³¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 187/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

³¹⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão nº 187/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

³¹⁹ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 74. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171>. Acesso em: 02 fev. 2019.

Pois bem, um dos temas que merecera destaque no exercício de fiscalização de constitucionalidade, pelo Corte Constitucional, foi o dispositivo que consagrava a manutenção da redução salarial, de 2,5% a 12%, todavia expandido a todos os servidores públicos que auferissem salário em valor superior a 675 euros.³²⁰

O Tribunal Constitucional, ao apreciar tal questão, não acolhera o argumento de que tal redução salarial estar-se-ia dando de maneira definitiva. Pontuara que esta era esperável até este ano, em razão de ser o último ano de vigência do PAEF. Acolhera, contudo, a alegação de violação à igualdade proporcional, por entender que a repartição das incumbências, em razão da crise, não estava se dando de forma universal, sobrecarregando, portanto, por demais a classe dos funcionários públicos.³²¹

A Corte, de igual modo, apreciara a constitucionalidade do art. 115, que reduzia os benefícios por desemprego e doença. Julgara pela inconstitucionalidade da medida, por entender que esse dispositivo violara a proporcionalidade. Estar-se-ia, na concepção do Tribunal, desamparando quem mais precisa, quem se encontra em situação distinta da coletividade.³²²

Outro dispositivo que teve a sua constitucionalidade questionada e que merece destaque é o art. 117 dessa Lei Orçamentária, que reduzia o valor do benefício de quem cumulasse aposentadoria com pensão por morte. Nesse caso, a Corte também propugnara pela inconstitucionalidade do dispositivo.³²³

Percebera a Suprema Corte que, diferentemente do aposentado, o trabalhador da ativa não sofreria reduções na sua pensão por morte, até se aposentar. Essa odiosa distinção legal fizera com que a Corte constasse a cabal violação ao princípio da igualdade proporcional.³²⁴

³²⁰ BRITO, Miguel Nogueira de. La jurisprudência de la <<crisis>> del Tribunal Constitucional Portugués. **Revista de Facultad de Derecho**, n. 38, 2016, p. 07. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/18596>. Acesso em: 09 fev. 2019.

³²¹ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 74. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

³²² FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 75. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

³²³ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 74. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

³²⁴ FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito,

3.6 OS CRÍTICOS

Observa-se a existência, em bom número, de quem se manifestasse contrariamente à postura do Tribunal Constitucional. Os críticos foram os juristas assim denominados que reprovavam a atuação do Tribunal Constitucional, reputando este como ilegítimo, desmedido.

Dentre os críticos, destaca-se Pereira Coutinho, que diz, no rico debate travado na Universidade de Lisboa, que o Tribunal deveria se abster de interpretar princípios que pela alta abstração demandasse juízos de prognose, futurologia, que desaguasse em preferências de política econômica, como o fez no Acórdão 352/2012, vez que o único legítimo para isso seria o Poder Legislativo.³²⁵

Reis Novais, no mesmo seminário, aponta que o Tribunal Constitucional não poderia abster-se da política, nem que desejasse, visto que se encontra obrigado a realizar o controle de constitucionalidade dos atos públicos, que nada mais é do que atos políticos. Assim, o que é restaria obstado à Corte não é o controle dos meios elegidos pelo legislador, e sim eleição dos mesmos.³²⁶

Pereira Coutinho, ainda, critica a interpretação e a proposta que tem sido dada pelo Tribunal Constitucional, alegando que não existiria outro direito constitucional a épocas de crise, reclamando, portanto, a observância à normatividade do texto vigente.³²⁷

Nesse mesmo sentido adverte António M. Hespanha, pontuando que a importância conferida à contextualização, em tempos de crise, acarretava em sérias implicações de ordem constitucional, pois esta não observava, por exemplo, “(intenção do povo constituinte, tradição interpretativa da constituição, expectativas partilhadas sobre o sentido da

Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2018, p. 74. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171>. Acesso em: 02 fev. 2019.

³²⁵ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

³²⁶ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

³²⁷ ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

constituição), destinada a salvaguardar adequadamente a natureza constituinte da constituição contra interpretações oportunistas”.³²⁸

Oliver Holmes, contudo, já observava que “Uma palavra não é um cristal, transparente e imutável, é a pele de um pensamento vivo e pode variar grandemente de cor e conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que é usado”.³²⁹

Assim, o sentido da palavra, sobretudo de índole constitucional, só pode ser extraído a partir de uma leitura atenta à ordem fática, social, na qual o texto se insere. Esse cenário fático, apesar de não ser a constituição, faz parte da sua realidade, influenciando-a. O limite, no que tange à influência da realidade nesta, seria a erosão política da Lei Maior ou das suas normas.³³⁰

Percebe-se assim que, em que pese legítimas, as preocupações dos críticos acabaram não prosperando, não ecoando nesse período de excepcionalidade financeira, no qual de fato as prescrições constitucionais sucumbiram à realidade do mundo, sobretudo em razão da necessidade de salvaguardar a existência do próprio Estado, bem como honrar o compromisso internacional assumido.

Constituiu-se, portanto, transitoriamente, como resposta a esse período excepcional vivido, uma verdadeira jurisprudência da crise, uma interpretação específica para esse período, a fim de melhor adequar a normatividade do texto constitucional às condições fáticas que se impunham.

Nota-se que é muito presente, neste momento, a ideia de que a salvação coletiva é a lei suprema do Estado, é o fim precípua, fim último deste, encontrando-se, portanto, em posição hierárquica superar a toda normatividade jurídica.

³²⁸ HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012, p.15

³²⁹ SOARES, Rogério EHRHARDT. **Direito público e sociedade técnica**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.28.

³³⁰ SOARES, Rogério EHRHARDT. **Direito público e sociedade técnica**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p.28.

4 A VIABILIDADE DA SUBSUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 A PARTIR DA ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA: BRASIL/PORTUGAL

Pois bem, delineado o atual contexto de austeridade, que vem implicando em uma série de reflexões pelo mundo quanto ao modelo de organização estatal, bem como tracejada a opção portuguesa adotada neste momento, alcunhada de “jurisprudência da crise”, cumpre analisar a viabilidade da subsunção desta opção portuguesa ao ordenamento jurídico pátrio, especificamente, a EC Nº 95/2016, que “congelou” os gastos públicos.

Para isso, cumpre analisar se os pressupostos fáticos ensejadores da alternativa portuguesa se encontram presentes, bem como analisar em perspectiva comparada Brasil/Portugal, a natureza jurídica dotada, tanto pela doutrina como jurisprudência, aos direitos sociais, a fim de saber se a leitura feita pelos lusitanos é possível aqui no Brasil.

Tal análise, impende frisar, se reveste da maior relevância para o Brasil, que, a contar do ano de 2014, registra sucessivos déficits primários nas contas públicas. Dessa forma, encontrando-se o país instado a oferecer respostas efetivas à crise estrutural que enfrenta, interessa examinar a viabilidade da jurisprudência da crise dar substrato à medida adotada pelo governo, qual seja, a Emenda Constitucional nº 95/2016.

4.1 DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Como visto, os direitos fundamentais nada mais representam do que valores fundamentais básicos, voltados a resguardar o mínimo de dignidade à vida humana, em sociedade. Os direitos sociais, como autênticos direitos fundamentais de 2ª geração, não fogem a essa lógica, pautando a sua ação, sobretudo, em prestações materiais aos mais necessitados, a fim de criar as ditas “condições de liberdade”, ou melhor, uma liberdade de fato.³³¹

³³¹ MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais.** Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p23.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

No Brasil, há registro de direitos sociais desde a Constituição de Império de 1824, seja através da consagração da igualdade de todos perante a lei, seja através da liberdade de trabalho, do direito a saúde ou através do direito a instrução primária gratuita.³³²

A Constituição da República de 1891, por sua vez, destaca-se por não ter havido, como regra, avanços em matéria de direitos sociais, tendo surgido, apenas, *a posteriori*, no plano infraconstitucional, legislações de índole social, como a Lei de Acidente de Trabalho de 1919.³³³

Conforme visto no segundo capítulo, até as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919 os direitos sociais apareciam de forma muito episódica nas constituições. É a partir desse movimento constitucional, contudo, que os direitos sociais passaram a estar mais presentes. Tal influência, destaque-se, veio a reverberar na Constituição de Vargas, de 1934.³³⁴

Nesse instante, no entender de Gilberto Bercovici, há uma tentativa de instauração de uma democracia social. A Constituição de Vargas de 1934 evidenciava isso, seja através da necessidade da propriedade observar uma função social (art. 113), seja através da constitucionalização do direito laboral (art.120 a 123) e da intervenção do estado nos domínios econômico-social, a fim de concretizar o postulado da justiça e observar as necessidades da nação (art. 115).³³⁵

Após a Constituição ditatorial de 1937, em que os direitos, em que pese dispostos, não encontravam efetividade, adveio a Constituição de 1946, que restaurou os direitos fundamentais dispostos pela Lei Maior de 1934. Ademais, foram dispostos no Título relativo a Ordem Econômica e Social, diversos direitos trabalhistas, dentre eles o descanso semanal recompensado e o seguro contra acidente de trabalho.³³⁶

³³² GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. P. 07. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

³³³ GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. P. 07. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

³³⁴ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernismo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

³³⁵ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **Os direitos sociais e as constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico**. P. 515. Disponível em: <http://files.estadodereitossociais.webnode.com/200000003-8c4718d418/Bercovici%20-%20Massonetto.%20Direitos%20Sociais%20nas%20Constitui%C3%A7%C3%B5es%20Democr%C3%A1ticas%20do%20Brasil.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

³³⁶ GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. P. 13. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

As Constituições que vieram em seguida, quais sejam, a de 1967 e 1969, de igual modo a de 1937, não serão consideradas neste presente estudo, haja vista o fato de que os direitos previstos constitucionalmente quedavam nitidamente rendidos à situação excepcional, arbitrária, vivida neste momento.³³⁷

Posteriormente, adveio a Constituição Cidadã de 1988, que conforme visto no 2º capítulo, rompe paradigmas e inaugura a 2ª fase do constitucionalismo social, conhecida como “neoconstitucionalismo”. Verifica-se que esta inova a ordem jurídica, ao eleger como pilar do texto constitucional a dignidade da pessoa humana, bem como ao delinear como objetivos fundamentais a busca por uma sociedade livre, justa e solidária.³³⁸

A própria adoção de um constitucionalismo dirigente, que nada mais seria do que um projeto constitucional transformador, desenhado para o futuro, pelo texto constitucional, demonstra o compromisso da Lei Maior em romper com o *status quo ante*, em busca consecução de políticas públicas transformadoras para com a sociedade. Os direitos sociais, conforme será visto abaixo, também acabaram sendo ressignificados.³³⁹

4.1.1 Fundamentalidade na CF88

Pois bem, conforme dito acima, a Constituição Cidadã de 1988 rompe paradigmas, dotando de outra roupagem, sobretudo, os direitos sociais. Estes, por exemplo, pela primeira vez, deslocam-se, substancialmente, do Título referente à Ordem Econômica e Social para o título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais [Título II da Constituição].³⁴⁰

Verifica-se que os seis artigos reservados aos direitos sociais, no Capítulo III do Título II da Constituição, arrolam um vasto catálogo de direitos sociais, que ora se apresentam em caráter genérico, a exemplo os do art. 6º, como saúde e educação, que acabam sendo destrinchados em outros títulos (Ordem Social), vide artigos 196 a 200 e 205 a 214, respectivamente, ora

³³⁷ GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. P. 18. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

³³⁸ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. **Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 147

³³⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional. **Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 148

³⁴⁰ GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. P. 22. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

específico, como os direitos dos trabalhadores, arrolados em mais de trinta incisos no art. 7º.³⁴¹

Verifica-se, de igual modo, que esses direitos, para além de formalmente fundamentais, haja vista a posição topográfica que passam a assumir na Lei Maior, ostentam a condição de materialmente constitucionais, em razão, sobretudo, do valor de justiça, muito presente nos objetivos fundamentais, erigido no texto constitucional.³⁴²

Adverte Ingo Sarlet, quanto a isso, que: o preâmbulo, bem como os princípios (art. 1º) e objetivos fundamentais (art. 3º), para além de evidenciar a intenção do constituinte no que tange ao modelo de Estado adotado, qual seja, o modelo de Estado social e democrático³⁴³, servem como o principal norte interpretativo e integrativo, não só das normas infraconstitucionais, como também do próprio texto constitucional.³⁴⁴

A posição topográfica elegida pelo constituinte, bem como os valores subjacentes a esses dispositivos, tais quais o de uma sociedade livre, justa, igualitária (art. 3º, I), por exemplo, expressariam a verdadeira identidade do Estado, razão pela qual não só toda interpretação conduzida a partir deles, Título I da Constituição, preferiria as demais, como também se revestiria de fundamentalidade, para o texto constitucional, os direitos sociais.³⁴⁵

Percebe, assim, que os direitos sociais passam a compor a verdadeira essência desta Lei Maior, a julgar também pelo fato do seu destacado princípio fundante, qual seja, a dignidade da pessoa humana, demandar não apenas a segurança negativa de que o cidadão não será alvo de ofensas, como também a liberdade fática suficiente a assegurar o pleno desenvolvimento das potencialidades de cada um.³⁴⁶

Nesse mesmo sentido, aduz o estudioso do tema, Ricardo Maurício Freire Soares, que pela acepção material o princípio da dignidade da pessoa humana só restaria resguardado a partir

³⁴¹ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **Direitos sociais, crise econômica, proibição do retrocesso social e o orçamento público**. P. 07. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima14/artigo-3.-direitos-sociais,-crise-economica,-proibicao-de-retrocesso-social-e-o-orcamento-publico.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁴² DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 101

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 83

³⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 280. Ebook.

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 281. Ebook.

³⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique apud PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p.35

do instante em que restasse assegurado para os indivíduos condições materialmente mínimas para a sua existência.³⁴⁷

É certo que a garantia do mínimo existencial, cujo alcance e definição se encontram longe de um consenso, demanda invariavelmente de uma soma de prestações materiais pelo Estado, como, por exemplo, o mínimo de saúde e educação, razão pela qual os direitos sociais se tornam indispensáveis para que se garanta as necessidades vitais do cidadão, e para que se concretizasse o sobredito princípio.³⁴⁸

Robert Alexy, por sua vez, aduz que a fundamentalidade dos direitos sociais adviria de dois motivos. O primeiro deles seria pela relevância que assume o valor de liberdade na vida em sociedade, que no mundo dos fenômenos só poderia ser exercida se presente as condições fáticas suficientes.³⁴⁹ Percebera quanto a isso que o exercício dos direitos fundamentais, para uma significativa parcela da sociedade, no mundo hodierno, não se encontrava dentro da esfera pessoal de controle, razão pela qual se tornaria imprescindível a constante promoção de ações estatais, direcionadas a concretizar os direitos sociais.³⁵⁰

O segundo motivo seria o elevado valor axiológico contido nos direitos sociais. Segundo esse festejado Autor, a alta carga valorativa expressada por essas normas, que no fim consubstanciariam na ideia do pleno desenvolvimento da personalidade humana, orientariam, junto com o princípio da dignidade da pessoa humana, a interpretação do rol de direitos fundamentais esculpido na Lei Maior.³⁵¹

A principal tese contrária à fundamentalidade dos direitos sociais é a que alega a falta de justiciabilidade destes, em razão da indeterminabilidade do conteúdo desses direitos. Aduz-se que o direito não ofereceria mecanismos suficientes a determinar o real significado, por

³⁴⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana**. P. 07. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁴⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana**. P. 07. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 503.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 504.

³⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 504.

exemplo, do direito fundamental ao trabalho, razão pela qual tal decisão seria reservada ao campo eminentemente político.³⁵²

Tal incumbência de definir políticas públicas, assim, seria reservada ao Parlamento e não ao Tribunal Constitucional. A esse último, então, competiria apenas fiscalizar a constitucionalidade das opções legislativas, sendo vedado, contudo, o exercício de juízos de prognose.³⁵³

Os defensores, contudo, da fundamentalidade dos direitos sociais, aduzem que o fato da indeterminabilidade da norma não fazer nascer direito subjetivo não desnatura a natureza jus-fundamental da mesma, muito menos a sua condição de direito. Isso porque a norma infraconstitucional reclamada adviria não para prescrever o direito já constitucionalmente previsto, e sim dotá-lo de aplicabilidade.³⁵⁴

Cumprе rememorar que, em razão da força vinculante das prescrições constitucionais, a realização destas sobreditas normas não encontrar-se-iam ao bel-prazer do legislador, tendo este, portanto, o dever de regular a matéria. A liberdade de conformação residiria não só no que toca ao quando, que não poderia tardar, sob pena de se incorrer em uma inconstitucionalidade por omissão, como também quanto ao modo, devendo ser eleito meio idôneo para que não houvesse violação à proporcionalidade, em razão da proteção deficiente.³⁵⁵

Observa-se que a doutrina e jurisprudência majoritária brasileira reconhecem a jusfundamentalidade dos direitos sociais³⁵⁶, pela razão óbvia deste vir a refletir valores essenciais e indispensáveis à Ordem Constitucional de Bem-Estar elegida pelo constituinte. Passa-se assim a analisar pormenorizadamente outras questões intrigantes e não tão consensuais.

³⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 508.

³⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 508.

³⁵⁴ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p.41

³⁵⁵ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 42-43.

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. P. 13. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019.

4.1.2 Regime jurídico-constitucional dos direitos sociais face aos direitos individuais

Aspecto que pende de maior controvérsia é se os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, ostentariam do mesmo regime jurídico conferido aos direitos e garantias individuais, isso no que tange à eficácia, no que se refere ao poder de reforma da Constituição.

O exame de tal questão se torna indispensável ao presente estudo, que busca analisar a compatibilidade de todo o arcabouço teórico da jurisprudência da crise com o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do regime jurídico conferido aos direitos sociais tanto no Brasil como em Portugal.

4.1.2.1 Aplicabilidade

Menos assente, no Brasil, que a questão da fundamentalidade dos direitos sociais é a questão da aplicabilidade desses direitos. Isto porque o dispositivo constitucional que consagra tal questão, qual seja, o art. 5º, §1º, que determina que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, encontra-se exclusivamente no capítulo dedicado aos direitos individuais e coletivos.

Há quem diga, em razão disso, que a aplicabilidade imediata quedaria apenas aos direitos e garantias individuais, em razão da posição topográfica do dispositivo. Alude-se assim que, se outra fosse a vontade do constituinte, estar far-se-ia constar tal comando nos outros capítulos direcionados aos demais direitos fundamentais.³⁵⁷

Existe também quem advogue pela tese de que o constituinte dissera mais do que desejara, desse modo, a interpretação a ser feita, mais restritiva, haveria de se pautar em uma “vontade do constituinte”, presumidamente diversa da literalidade da norma.³⁵⁸

³⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. P. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasauade/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. P. 12. Disponível em:

Entende Ingo Sarlet, contudo, que não se mostra razoável dar preferência à interpretação contrária à literalidade da norma, ainda mais quando esta conduz a um resultado capaz de reduzir o grau de eficácia de certos direitos fundamentais, desvalorizando-os, de certa forma, no plano constitucional.³⁵⁹

Pontua, de igual modo, que se percebe, sob uma análise sistemática, teleológica, que não fora intenção do constituinte excluir da esfera do art. 5, §1º, os direitos políticos, de nacionalidade, e os sociais. No que tange a esses últimos, que são invariavelmente o alvo deste trabalho, conclui-se que não seria crível valorizar e eleger como objetivos fundamentais uma série de valores relacionados à justiça se a intenção de constituinte fosse outra do que a de prestigiar os direitos sociais.³⁶⁰

Os defensores da aplicabilidade imediata, do art. 5, §1º, aos direitos sociais lembram, igualmente, que a Constituição Cidadã Brasileira não conferira, diferentemente da Constituição Lusitana de 1976, regime jurídico fundamental diverso dos direitos e liberdades individuais aos direitos sociais.³⁶¹ Estes, ainda, patrocinam a ideia de que o supracitado dispositivo deve ser encarado não como regra, sujeito à regra do tudo ou nada, quanto à aplicação, e sim como princípio, sendo efetivado, na medida do possível, em razão das suas peculiaridades. Com isso, restaria compatibilizado os direitos prestacionais às condições fáticas e jurídicas.³⁶²

Aduz Ingo Sarlet, quanto a isso, que militaria, em face ao art. 5, §1º, uma presunção de aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, razão pela qual qualquer omissão por parte

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingodf_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. P. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingodf_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. P. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingodf_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁶¹ PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais em caráter prestacional:** em busca da superação de obstáculos. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2008, p. 96. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁶² PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais em caráter prestacional:** em busca da superação de obstáculos. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2008, p. 98. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

do poder público dever-se-ia estar adequadamente fundamentada.³⁶³ Tal questão é de fundamental relevância no estudo da questão da reserva do possível, que será estudada mais à frente.³⁶⁴

Verifica-se, nesse embate de ideias, que a doutrina majoritária³⁶⁵, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido a aplicabilidade imediata de todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive dos direitos sociais, senão vejamos alguns exemplos, vide o RE- AgR 594.018³⁶⁶, de relatoria do Min. Eros Roberto Grau, o RE- AgR 436.996³⁶⁷, rel. Celso de Mello ou o RE-AgR 271.286³⁶⁸, rel. Min Celso de Mello. Vejamos o que destaca um destes acórdãos:

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. -O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política -que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro -não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RE 271.286 AgR / RS -RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. 12/09/2000).³⁶⁹

Observa-se, dessa maneira, que o Supremo Tribunal Federal tem assim privilegiado a interpretação literal e sistemática, teleológica, estando atenta, portanto, não só à dura realidade de milhões de brasileiros, como também ao objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, vol. I, nº 1, abril, 2011. Disponível: http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso: 26 fev. 2019.

³⁶⁴ PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais em caráter prestacional**: em busca da superação de obstáculos. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2008, p. 99. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. P. 13. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 594018. Rel. Min. Eros Roberto Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750>. Acesso em 22/04/2019

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 436996. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 271286. Rel. Min. Celso de Mello Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE271286 RS. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>

Calha frisar, contudo, que em que pese se dote de aplicabilidade imediata os direitos sociais, gerando assim a dimensão subjetiva pela qual resta o cidadão autorizado exigir essas prestações ao poder público, essas prestações dar-se-ão conforme a reserva do possível, que nada mais é do que a condição da realidade que impõe a realização dos direitos fundamentais sociais, conforme os recursos presentes.³⁷⁰

Essa alcunha “reserva do possível”, apenas a título histórico, surge primeiramente de uma decisão histórica do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao reconhecer a sua incapacidade técnica de conceber o número total de vagas pretendidas pelos vestibulandos, ao curso de medicina.³⁷¹

De forma diversa a como fora concebida na Alemanha, qual seja, como “reserva do possível técnica”, no Brasil vem se concebendo a reserva do possível aos casos de escassez de recursos. Desdobra-se esta no Brasil em reserva do possível fática, quando da indisponibilidade de bens e recursos e reserva do possível jurídica, quando da inexistência de autorização orçamentária.³⁷² Entende-se aqui que:

os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.³⁷³

Tem-se por imprescindível, contudo, para a correta aplicação desse instituto, realizar a distinção entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos. Não obstante a Lei Maior não tenha definido o modo, bem como o montante de recursos a ser dispendido com cada direito prestacional, à exceção da saúde e educação, é incontestável que a mesma conferira tratamento preferencial a esses direitos.³⁷⁴

O primado pela dignidade da pessoa humana, seja em razão dos fundamentos e objetivos elegidos pela Carta Magna, evidencia tal afirmação acima. Assim sendo, esses direitos apenas

³⁷⁰ POTRICH, Felipe Bittencourt. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites. **Revista Eletrônica da AGU**. Disponível: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113>. Acesso em: 22 abr. 2019.

³⁷¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 346.

³⁷² SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 346.

³⁷³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

³⁷⁴ POTRICH, Felipe Bittencourt. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites. **Revista Eletrônica da AGU**, p. 09. Disponível: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113>. Acesso em: 22 abr. 2019.

não poderiam ser realizados quando não houverem mais recursos, não podendo, portanto, ser preterido, em razão da discricionariedade do gestor.³⁷⁵ Esse é inclusive o entendimento do Supremo, senão vejamos o entendimento do Ministro Celso de Mello que reputa que:

os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração- implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público, e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas.³⁷⁶

Entende-se assim que a cláusula da reserva do possível só opera quando da ocorrência de justo motivo, sob pena de estar-se irresponsavelmente exonerando o legislador de deveres constitucionais imprescindíveis para a vida em sociedade e para o Estado Democrático de Direito.³⁷⁷

Tem-se, portanto, no Brasil, que as normas consagradoras de direitos sociais têm eficácia imediata, só podendo vir a ser restringidas nos casos de escassez de recursos, valendo-se da dita teoria da “reserva do possível”, em havendo justo motivo, motivo idôneo que autorize o descumprimento temporário do comando constitucional.

4.1.2.2 Limites materiais ao poder de reforma

Questão menos ainda assente do que a vista acima diz respeito à possibilidade de extensão da proteção conferida aos direitos e garantias individuais, pelo art. 60, §4º, IV da Constituição Federal, qual seja, o fato destes serem limites materiais ao poder de reforma à Constituição, aos direitos sociais. Isso ocorre porque o próprio dispositivo constitucional é claro ao afirmar que a proteção conferida se destina apenas aos direitos e garantias individuais.

Perceba que, diferentemente do art. 5º, §1º da Lei Maior, que se refere aos direitos e garantias fundamentais e encontra-se disposto no próprio título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o art. 60, §4º, IV, para além de se referir a direitos e garantias individuais e não mais fundamentais, encontra-se em título completamente apartado ao dos direitos e garantias

³⁷⁵ POTRICH, Felipe Bittencourt. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites. **Revista Eletrônica da AGU**, p. 10. Disponível: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113>. Acesso em: 22 abr. 2019.

³⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

fundamentais, não havendo, assim, muitos dos elementos que corroboravam com a tese extensiva aplacada, conforme visto, ao art. 5º, §1º da CF.

Em razão disso, salienta Ingo Sarlet que há quem aduza pela interpretação restritiva do dispositivo, há quem se restrinja à literalidade da lei. Os defensores dessa interpretação se apegam muito à opção do constituinte de ter se valido, no art. 60, §4º, IV, da expressão “direito e garantias individuais”, não repetindo assim a mesma técnica utilizada no art. 5, §1º, qual seja, a expressão direitos e garantias fundamentais.³⁷⁸ Tal análise, no seu ver, contudo, carece de sentido, uma vez que a Constituição Brasileira, diferentemente de algumas Constituições, como a Portuguesa, não desenha uma genérica e expressa distinção entre os direitos de 1ª e 2ª geração. Assevera, além disso, que os defensores da concepção restritiva, muitas vezes, partem da concepção errônea de que os direitos sociais são unicamente direito a prestações materiais, quando já se atestou que muitos deles são similares, em estrutura e função básica, aos ditos direitos de defesa.³⁷⁹

Destaca-se, por fim, que essa interpretação conservadora, que restringe a abrangência das cláusulas pétreas a apenas os direitos esculpidos no art. 5º, estaria por excluir deste rol não só os direitos sociais, como os direitos coletivos, de nacionalidade e político, com exceção do voto, em razão do art. 60, §4º, II, o que não se soaria razoável.³⁸⁰

Percebeu-se assim que a interpretação restritiva poderia conduzir a uma série de situações ilógicas, como a do mandado de segurança individual quedar munida como cláusula pétrea e o mandando de segurança coletivo não. Em razão disso, há quem opte pela realização de uma interpretação extensiva.³⁸¹

³⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 15. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 15. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁸⁰ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **Direitos sociais, crise econômica, proibição do retrocesso social e o orçamento público.** P. 08. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima14/artigo-3.-direitos-sociais,-crise-economica,-proibicao-de-retrocesso-social-e-o-orcamento-publico.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 15. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

Aludem os defensores dessa interpretação ampliativa que a interpretação literal deste dispositivo, qual seja, o art. 60, §4º, IV da CF não propiciaria a interpretação mais satisfatória ao texto e aos objetivos constitucionais, que consagram tanto no art. 1º, como no art. 3º, um Estado Social e Democrático de Direito preocupado com questões sociais sensíveis, como a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.³⁸²

Pontuam, inclusive, que o texto constitucional de 1988, ao contrário da tese que tentam aplacar, não diferenciara jurídica ou axiologicamente os direitos e garantias individuais dos demais direitos. Esse texto, ao contrário, demonstra uma distinta afinidade às teses da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, que gozam de primazia no âmbito dos direitos humanos.³⁸³

Salientam, para além disso, que tanto o princípio do Estado Social como a fundamentalidade dos direitos sociais exprimem a identidade constitucional pátria, a opção do Constituinte, motivo pelo qual legitimamente figurariam, os direitos sociais, como limites materiais implícitos ao poder de reforma à Constituição.³⁸⁴

Entendem os defensores da proposição acima que careceria de sentido positivar um vasto catálogo de direitos sociais, bem como dispô-los no rol de direitos e garantias fundamentais, se a intenção deste em verdade fosse de conferir uma proteção jurídica diminuta.³⁸⁵

Há de se lembrar, por fim, que o objetivo precípua das cláusulas pétreas nada mais é do que assegurar a identidade do texto constitucional, evitando assim a erosão das decisões políticas fundamentais, dos ditos elementos essenciais da Carta Magna. Em sendo este o objetivo,

³⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 16. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁸³ BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.** P. 10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 16. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 16. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

inadmissível restaria decisões, bem como interpretações tendentes a eliminar ideais tão caros elegidos pelo constituinte, como o ideal social.³⁸⁶

Em que pese não haja o reconhecimento expresso do Supremo, em sua maioria, no que tange a essa interpretação extensiva, existem julgados do mesmo que flertam com essa posição e demonstram uma certa simpatia à tese, a exemplo a ADI 939-DF³⁸⁷ em que o STF entendera pela inconstitucionalidade da emenda constitucional nº 03/1993, em razão desta violar a anterioridade tributária, direito “supostamente” fora das cláusulas pétreas, mas reputado intangível pelo Ministro Carlos Velloso.³⁸⁸

Outro caso interessante é a ADI nº 1946/DF³⁸⁹ que tratou da licença-gestante, benefício previdenciário, sendo, portanto, um direito social. Nesse caso, se fez uma interpretação conforme o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, retirando a submissão à licença-gestante ao teto do benefício previdenciário, pois entendeu-se que tal questão seria apta a violar o direito de não discriminação da mulher no mercado de trabalho, esculpido no art. 7º, XXX da CF, visto que o patrão dificilmente contrataria mulheres que ganhassem acima do teto, em razão da obrigatoriedade deste vir a arcar, durante a licença, com a diferença entre o salário e o teto do benefício.³⁹⁰

Parece, portanto, se coadunar muito mais com a realidade constitucional brasileira a interpretação extensiva, uma vez que esta se propõe a proteger valores constitucionais igualmente caros, que talvez por uma ausência de técnica legislativa acabaram não sendo abarcados por essa proteção.

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** P. 16. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 12 mai. 2019.

³⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.** P. 10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1946/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>. Acesso em: 12 mai. 2019.

³⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal.** P. 10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

4.1.3 Princípio da vedação ao retrocesso social

Tem-se, por igual modo, imprescindível para este trabalho, a análise do princípio da vedação ao retrocesso social, princípio esse que ganha cada vez mais evidência e notoriedade em momentos de crise e cujos contornos aqui merecem ser melhor analisados.

Antes de tudo, cumpre destacar que a teoria da vedação ao retrocesso encontra-se intimamente relacionada ao cenário de insegurança social da pós-modernidade, já estudado no primeiro capítulo, ocasionado pelo crescimento de grandes corporações transnacionais, que em razão do domínio das leis de mercado eram capazes de influir diretamente na soberania das nações e afetar as suas políticas públicas.³⁹¹

Entende Mario De Conto, em razão disso, que como imperativo de estabilidade, frente à insegurança e incerteza do mundo contemporâneo, “onde o conflito entre a concepção de Estado Social e as políticas neoliberais disseminadas pelo fenômeno da globalização levam à redução da intervenção estatal e a desregulamentação progressiva das relações sociais”, surge o princípio da vedação ao retrocesso social.³⁹²

Também conhecido como princípio da proibição da “contrarrevolução social”, da “evolução reacionária”, entrincheiramento ou “efeito cliquet”, esse princípio, partindo da premissa da árdua e contínua luta histórica travada para conquistas de direitos, consubstancia a ideia de que a intensidade protetiva alcançada é insuscetível de involução, assegurando assim que o cidadão não tenha as suas conquistas sociais históricas cambiantes a fatores circunstanciais.³⁹³

Percebe-se que o princípio da vedação ao retrocesso social encontra-se intimamente relacionado à ideia de Estado de Direito, uma vez que este se propõe a estabilizar as relações sociais, protegendo a confiança do cidadão, bem como propiciando uma segurança jurídica, a

³⁹¹ SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2010, p. 73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 abr. 2019.

³⁹² DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 78. Disponível em: www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAlloved=y. Acesso em: 17 out. 2018.

³⁹³ FALEIRO, Janine Rossi. **Financiamento da saúde e retrocesso social: uma análise da (in)constitucionalidade da emenda constitucional 95/2016**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2018/05/Janine-Faleiro_Financiamento-da-saude-e-retrocesso-social_dissertacao.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

fim de que, ao final, reste concretizado o princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania.³⁹⁴

Típico de Estados de Direito minimamente sociais, esse princípio tem se revelado como importante instituto jurídico-constitucional direcionado não só ao resguardo das conquistas sociais já alcançadas, salvaguardando a estabilidade, bem como à continuidade desses direitos, sobretudo no que tange ao seu núcleo essencial, como também ao dever constante e progressivo de concretização desses direitos.³⁹⁵ Nesse mesmo sentido, pontua Felipe Derbli que:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, 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. Vale dizer proibição do retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.³⁹⁶

Em face ao exposto, observa-se a total consonância do princípio da vedação ao retrocesso social com os imperativos de um Estado Democrático de Direito, que roga não só pela estabilidade e segurança das relações jurídicas, mas também pela proteção e o amparo aos mais necessitados.

4.1.3.1 Breve histórico das experiências estrangeiras

Pois bem, introduzido o referido princípio, é salutar fazer uma rápida incursão histórica sobre a experiência germânica e lusitana, em razão da grande influência, conforme se verá, dessas construções na forma como se concebe o princípio da vedação ao retrocesso no Brasil.

A construção desse referido princípio na Alemanha, que não dispunha de direitos sociais em sua Lei Constitucional de Bonn, mas tão somente de uma cláusula geral, de Estado Social

³⁹⁴ DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006, p. 84. Disponível em: www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllo wed=y. Acesso em: 17 out. 2018.

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 661.

³⁹⁶ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.

Direito, no seu art. 20, surge a partir da necessidade, constatada tanto pelo Tribunal Constitucional Federal como pela doutrina, de salvaguardar o direito a prestações materiais.³⁹⁷

A construção desse princípio, conforme salienta Felipe Derbli, apega-se sobretudo à garantia fundamental da propriedade, que passa a ser concebida não mais como o bem si, mas sim como “o aproveitamento econômico dotado de valor patrimonial, o que inclui os direitos a prestações estatais”.³⁹⁸

Estendera assim, o Tribunal Constitucional Alemão, o conceito constitucional de propriedade, em relação à concepção clássica de direito privado, uma vez que passara a albergar dentro desse conceito, a exemplo, prestações materiais da segurança social. Entendera o Tribunal, nesse momento, que as posições jurídico-subjetivas de direito público deveriam ter idêntico tratamento às posições jurídico-subjetivas de direito privado, sob pena de se estar afrontando o princípio do Estado de Direito.³⁹⁹

Cumprе salientar, contudo, que não era toda a prestação jurídico-subjetiva de direito público que restaria contemplada no conceito de propriedade. Estes só assim estariam quando: 1ª) o direito subjetivo à prestação social corresponder a uma contraprestação individual do beneficiário; 2ª) for de fruição própria, pessoa, exclusiva do beneficiário; 3ª) se destinar à “garantia de existência do seu titular”.⁴⁰⁰

Em Portugal, por sua vez, esse princípio, capitaneado por Canotilho, surge de uma forma muito mais abrangente e diversa da experiência alemã. Fundado no princípio da democracia econômica social, o princípio da vedação ao retrocesso protegia e assim vedava a limitação não apenas aos direitos sociais já positivados no texto constitucional, como também aos ditos direitos derivados a prestações, que nada mais seriam do que as leis e atos normativos que prestavam, instituíam e garantiam a realização destes direitos.⁴⁰¹

Sob forte inspiração desse pensamento, o Tribunal Constitucional Português decidira, no acórdão nº 39/84, pela inconstitucionalidade de normas que visavam extirpar vários

³⁹⁷ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 140.

³⁹⁸ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 141.

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 451.

⁴⁰⁰ DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 346.

⁴⁰¹ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 144.

dispositivos legais relacionados ao Serviço Nacional de Saúde (SNS). Entendeu-se, nessa ocasião, que as revogações promovidas por esses dispositivos, que acarretariam na própria extinção do SNS, malfeririam o próprio direito à saúde, não sendo, portanto, constitucionalmente possível.⁴⁰²

Salienta o ministro Vital Moreira, no seu voto, que *ab initio*, os direitos sociais representam um dever de fazer, em especial de criar e regular o sistema de ensino, sistema de seguridade social etc. Ressalta, contudo, que uma vez constituídos:

o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.⁴⁰³

Conforme bem observa Felipe Derbli, a concepção lusitana original se distancia da concepção germânica, uma vez que esta primeira não se restringia a prestações da seguridade social, abarcando assim outras prestações estatais. Urge salientar, contudo, que a experiência tedesca não demorou a influenciar a lusitana.⁴⁰⁴

Destaque-se que essa concepção portuguesa, com o decurso do tempo, fora revista, reduzindo-se à abrangência do princípio da vedação ao retrocesso não a todos os tipos de cortes a benefícios sociais, mas tão somente aos cortes que malferissem o núcleo essencial destes. Reduziu-se o espectro de proteção, também, nos casos de violação ao princípio da confiança, a apenas os direitos adquiridos.⁴⁰⁵

Tem-se, por isso, que estes conceitos, assim como tudo na vida, não são estanques, sendo suscetíveis de alteração a qualquer momento por fatores históricos, políticos, econômicos ou sociais.

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 347.

⁴⁰³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 39/1984. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/384993/details/maximized?p_p_auth=1ZBkAg9q. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁰⁴ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 151.

⁴⁰⁵ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 156.

4.1.3.2 Conteúdo

Nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes, o princípio da vedação ao retrocesso é aquele “segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”.⁴⁰⁶

O jurista Canotilho, por sua vez, alude que:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.⁴⁰⁷

Há quem critique o conceito do Ministro do Supremo, em razão da sua incompletude, uma vez que este desconsideraria a amplitude conferida pela Lei Maior nos §2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, que possibilita não só o reconhecimento a outros direitos fundamentais espalhados na Carta Magna, bem como em tratados internacionais, como também a internalização destes últimos, mediante procedimento específico, como Emendas Constitucionais.⁴⁰⁸

Aliais, é preciso salientar que existem inúmeras correntes quanto a esse princípio, inclusive as que o negam. Essas correntes negadoras, que não predominam, capitaneadas por Manuel Afonso Vaz e Suzana de Toledo Barros, aduzem, em razão da carência de concretude das normas sociais, que o grau de realização desses direitos não poderia vir, ao estar condicionado a este princípio, a estar contra a vontade do legislador.⁴⁰⁹

Jorge Reis Novais também compartilha da opinião de que carece de qualquer sentido e amparo o princípio da vedação ao retrocesso. Entende que este não poderia vir a operar como princípio ou valor constitucional, mas como motivo da luta política. Salienta, ademais, que

⁴⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 679

⁴⁰⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339.

⁴⁰⁸ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 53. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴⁰⁹ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 61. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

careceria de sentido existir tal princípio em uma ordem constitucional que já dispõe de direitos sociais, até porque este já teria limitada a sua restrição ao dito “limite dos limites”, que restringe a limitação dos direitos fundamentais.⁴¹⁰

Para além dessas correntes negadoras, existem correntes que reconhecem a força normativa desse destacado princípio, variando apenas no que tange ao grau de interpretação e aplicação, “a saber: a radical; a peremptória; a intermediária, que se subdivide em forte e fraca; e, por fim, a mitigada”.⁴¹¹

A linha interpretativa radical, muito atrelada à corrente jurídico-filosófica jusnaturalista, concebe que os direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana figurariam como verdadeiros “limites transcendentais” não só ao poder constituinte originário, como à forma de interpretação do texto constitucional. Assim sendo, o princípio da proibição do retrocesso figuraria como um “obstáculo suprapositivo” inderrogável.⁴¹²

A corrente peremptória, por sua vez, compreende que o poder constituinte originário não quedaria cerceado de sua liberdade, em razão do princípio da vedação ao retrocesso social, mas tão somente o poder constituinte derivado e ao legislador infraconstitucional. Estes últimos, no exercício de suas atividades, não poderiam suprimir direitos fundamentais sem que houvesse a devida compensação, a substituição equivalente.⁴¹³

A linha intermediária, capitaneada por José Canotilho, Felipe Derbli, Ingo Sarlet, seja na sua versão forte ou fraca, concebe o princípio da proibição do retrocesso não como um “limite

⁴¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis *apud* TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira**: sede material, aplicação e limites. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 61. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴¹¹ MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**. P. 08. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴¹² MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**. P. 08. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴¹³ MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**. P. 08. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

transcendental” ou uma regra “peremptória”, mas sim como um princípio geral constitucional que deve ser interpretado e sopesado em face de outros princípios.⁴¹⁴

O que difere a corrente intermediária é que, ao passo que a linha intermediária forte roga que as involuções não de estar sujeitas aos “testes da razoabilidade e da proporcionalidade”, não obstante a observância das cláusulas pétreas, direcionadas a salvaguardar o núcleo básico dos direitos fundamentais, a corrente intermediária fraca compreende que em épocas de austeridade e escassez o princípio da vedação ao retrocesso não poderia vir a “cercear a liberdade de conformação do legislador”, uma vez que a aplicação desse princípio há de ser feita racionalmente e de modo proporcional à realidade posta.⁴¹⁵

Por fim, tem-se a linha mitigada que concebe o princípio da vedação ao retrocesso social não como um princípio-jurídico constitucional, vigendo apenas no plano político-constitucional, mas como uma regra excepcional de contenção ao manifesto arbítrio do Estado.⁴¹⁶

4.1.3.3 Aplicação no Brasil

Pois bem, tracejado o histórico, bem como o conteúdo deste direito, cumpre analisar como o princípio da vedação ao retrocesso encontra-se inserido na ordem constitucional brasileira, analisando, para isso, não só o fundamento pelo qual se extrai o referido princípio, como também o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.

Antes de tudo, cumpre ressaltar que, em que pese não esteja expresso, o princípio da vedação ao retrocesso é larga e majoritariamente admitido, pelas razões que serão aduzidas abaixo, como um princípio implícito da ordem constitucional brasileira, não prosperando assim a tese já vista, que se pauta na ausência de “determinidade” dos direitos sociais, para refutar a existência desse dito princípio.

⁴¹⁴ MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**. P. 08. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴¹⁵ MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**. P. 09. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴¹⁶ FORTES, Mateus da Jornada. **Desconstruindo o princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro**: a proteção dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 35. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31835/1/ulfd133662_tese.pdf. Acesso em: 18/04/2019.

No Brasil, a exemplo, esse princípio é facilmente pressuposto do ordenamento jurídico-constitucional pátrio, pois advém do próprio compromisso dos direitos sociais esculpido em realizar: seja alguns fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, seja alguns objetivos fundamentais (art. 3º da CF), como uma sociedade mais livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades.⁴¹⁷

Ingo Sarlet entende que, para além desses motivos, o referido princípio seria pressuposto em razão: 1º) do princípio democrático e social de Direito, que reclamaria um nível mínimo de segurança jurídica, do qual restaria abarcado a proteção da confiança e de um nível de proteção frente a medidas de índole retroativas e retrocessivas; 2º) do princípio da dignidade humana, que ao reclamar uma vida condigna em sociedade vedaria medidas que quedassem aquém de um nível mínimo de decência; 3º) do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, que impor a “maximização da proteção dos direitos fundamentais”.⁴¹⁸

Felipe Derbli, por sua vez, aduz pela existência desse princípio na ordem constitucional brasileira, em razão do que fora exposto acima, bem como da tese do Dirigismo Constitucional, que, ao impor ao legislador uma constante e progressiva concretização dos direitos sociais previstos na Lei Maior, vedaria qualquer tipo de medida retrocessiva.⁴¹⁹

Cumpram-se ressaltar que esse princípio, em que pese implícito em diversos países, como Alemanha, Portugal, Espanha, Itália e Brasil, influencia maciçamente na densificação das regras e princípios atinentes aos direitos de 2ª geração, quais sejam, os direitos econômicos, sociais e culturais.⁴²⁰

Ressalte-se ainda que esse princípio já se encontra internalizado no ordenamento jurídico pátrio, em razão do art. 2º do Pacto de Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

⁴¹⁷ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira:** sede material, aplicação e limites. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 11. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴¹⁸ SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia (org.). **Constituição e Segurança Jurídica:** direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 127.

⁴¹⁹ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.

⁴²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 920.

Culturais, do qual o Brasil é signatário e que prescreve que os Estados devem progressivamente salvaguardar os direitos reconhecidos nesse pacto.

Manter-se-ia o caráter constitucional implícito, contudo, em razão do fato desse tratado, em que pese relativo a direitos humanos, tenha sido internalizado anteriormente ao advento do art. 5, §3º que prevê que os tratados de direitos humanos internalizados, sob o procedimento de emenda, terão procedimento de emenda. Gozaria de um *status* “supralegal”, mas não constitucional.⁴²¹

Em que pese haja a tese de Ingo Sarlet que confere a esse princípio elencado no art. 2 do tratado, nível constitucional, reputa-se mais crível a tese que confere *status* “supralegal”⁴²², em razão da especificidade do art. 5, §3º que cria requisitos específicos para que este alcance o *status* de norma constitucional.

Pois bem, constatado o caráter implícito da sobredita norma, cumpre analisar o posicionamento da doutrina, bem como da jurisprudência, sobretudo, majoritária. O ministro Luís Roberto Barroso, por exemplo, entende que, uma vez instituídos, os direitos fundamentais seriam incorporados “ao patrimônio jurídico da sociedade”, sendo vedada sua extinção ou redução de forma arbitrária.⁴²³

Embasada na ideia da progressiva ampliação dos direitos fundamentais, o princípio da vedação ao retrocesso se destinaria à proteção da efetividade já alcançada pelos direitos fundamentais, por meio de sua normatização, em face de medidas arbitrárias, desarrazoadas.⁴²⁴

Felipe Derbli, na mesma alinha, aduz que uma vez instituídas, as normas de caráter prestacional “passam a exibir o *status negativus jusfundamental* próprio dos direitos de defesas, também oponíveis ao legislador”. Restaria vedada, assim, medidas futuras que pura e simplesmente venham a restringir o gozo destes, uma vez que impõe-se que a *reformatio in*

⁴²¹ TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira:** sede material, aplicação e limites. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 61. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019

⁴²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 124.

⁴²³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.

⁴²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.

pejus, determinada pela realidade fática e sujeita a um juízo de proporcionalidade, seja “suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico da sociedade”.⁴²⁵

Ingo Sarlet, por sua vez, diferencia o princípio da vedação ao retrocesso social em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, visa nada menos do que a salvaguarda dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito, coisa julgada e das cláusulas pétreas. Este, contudo, em sentido estrito, que é o que importa para fins deste estudo, voltaria as suas atenções para a proteção das normas infraconstitucionais contra medidas retrocessivas.⁴²⁶

Para o referido autor, seria insustentável dotar esse princípio de caráter absoluto, uma vez que tolher-se-ia por completo a atividade legislativa, que quedaria como mera executora das decisões constitucionais, bem como converteria as normas infraconstitucionais em direito constitucional, impossibilitando o desenvolvimento deste.⁴²⁷

Percebe o sobredito autor também que se assim fosse estaria dotado os direitos sociais de proteção distinta dos direitos individuais, uma vez estes poderiam vir a ser sopesados pelo legislador no caso concreto, que deveria respeitar apenas o núcleo essencial, em razão dos “limites dos limites”. Defende-se assim que este, como todo princípio constitucional, é relativo, devendo ser sopesado junto aos demais, desde que resguardado o seu núcleo essencial já concretizado.⁴²⁸

Minoritariamente, contudo, há quem não reconheça o princípio da vedação ao retrocesso social, em razão, conforme vista, deste vir a atentar contra a liberdade de conformação do legislador, a qual teria sido opção do constituinte originário, que ao vagamente disciplinar normativamente os direitos sociais, reconheceu a maior aptidão do legislador em conferir uma melhor adequação e interpretação dos direitos sociais frente à realidade.⁴²⁹

⁴²⁵ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 298.

⁴²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 444.

⁴²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 459.

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, p. 460.

⁴²⁹ SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2010, p. 73. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 abr. 2019.

Percebe-se, contudo, que a doutrina majoritária, aqui ilustrada por Felipe Derbli, Ingo Sarlet e Luís Roberto Barroso, concebe o princípio da proibição do retrocesso a partir da linha intermediária forte, que concebe a restrição de direitos sociais, desde que reste preservado o seu núcleo essencial, bem como passe esta medida nos testes de proporcionalidade e razoabilidade.

Dessa forma, o núcleo essencial, no Direito brasileiro, conforme se depreende do pensamento dos autores, figuraria como um verdadeiro “limite dos limites”, devendo ser salvaguardado quando realizado o juízo de ponderação deste princípio para com os demais valores da ordem jurídico constitucional, que se impõem no caso concreto.

A ideia do resguardo à preservação do conteúdo essencial, em que pese não expressa na Constituição Federal, é largamente reconhecida tanto pela doutrina como jurisprudência, tendo por fito a proteção, ao menos mínima, de decisões constitucionais importantes, consagradas na forma de direitos.⁴³⁰

Entende Sarlet que o resguardo do núcleo essencial se encontra atrelado muito à noção de mínimo existencial compreendido como “o conjunto das prestações materiais que asseguram, a cada indivíduo, uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos”.⁴³¹

É inclusive, em razão disso, que Ana Paula Barcellos entende que o resguardo ao conteúdo essencial funcionaria como uma regra e não como princípio, sendo, portanto, intransponível, imponderável no caso concreto, quando da sua suposta violação, em razão desta encontrar-se intrinsecamente relacionado à ideia de dignidade, de assegurar uma vida condigna, um patamar mínimo de decência.⁴³²

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes, tem se mostrado complacente a essa regra da proibição do retrocesso, como, por exemplo, no caso do ARE 745745 MG⁴³³, em que aplicara esse dito princípio na lide suscitada pelo fato do município de

⁴³⁰ FORTES, Mateus da Jornada. **Desconstruindo o princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro**: a proteção dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 126. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31835/1/ulfd133662_tese.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

⁴³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 462.

⁴³² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 745745 MG. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 19 abr. 2019.

Belo Horizonte buscar se furtar do dever de financiar uma rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, valendo-se para tanto do emblemático acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional Português.⁴³⁴

Tem-se também o ARE 727864 PR, em que se firmou o entendimento de que havia o Estado a obrigação de custear os serviços prestados por hospitais privados, em benefício dos pacientes do SUS, nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública, em razão do dever constitucional de prestar a saúde, bem como proteger a vida.⁴³⁵

A garantia do núcleo essencial, que assegura assim a condição mínima de dignidade, conforme visto, também se encontra presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no ADI 3768 DF⁴³⁶, que julgava a inconstitucionalidade do dispositivo do Estatuto do Idoso que assegurava a gratuidade do transporte público aos maiores de 65 anos. Entendeu-se, nessa ocasião, que isso representava a “condição mínima de mobilidade do idoso”, o núcleo essencial desse direito, sendo, portanto, julgado improcedente o pedido.

Percebe-se com isso que o Supremo, nos dias atuais, adota a linha intermediária forte, admitindo-se a restrição de direitos sociais, desde que esta seja aprovada nos testes de razoabilidade, bem como não reste comprometida o núcleo essencial desses direitos. Conforme já salientado, contudo, o conceito desse princípio não é estanque, variando conforme o tempo, bem como os fatores econômicos, sociais, tecnológicos.

Logo, é preciso observar qual será a postura que o Supremo adotará com este cenário de crise econômica, quando provocado pelas inovações normativas de constitucionalidade duvidosa, como a EC nº 95/2016 que estipula o teto dos gastos públicos, bem como em julgamentos sensíveis, como a ADI 2238, que julga dispositivos sensíveis da Lei de Responsabilidade Fiscal, a exemplo dos dispositivos que autorizam reduzir jornada e salários.

⁴³⁴ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. **Revista Direito & Desenvolvimento**, v. 6, n. 12, 2015, p. 16. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/296>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 727864 PR. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal.. ADI 3768 DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em 19/04/2019.

4.2 DIREITOS SOCIAIS EM PORTUGAL

Pois bem, visto a estrutura conferida aos direitos sociais na ordem jurídico-constitucional brasileira, passa-se ao exame detido destes na ordem jurídico-constitucional portuguesa, a fim de que melhor se possa analisar a compatibilidade da “Jurisprudência da Crise” ao ordenamento jurídico brasileiro.

Historicamente, os direitos sociais, conforme bem observa Márcia Raquel Madruga, entre as constituições de 1826 a 1926, tidas como liberais, aparecem de forma bem incipiente, bem tímida, ora através da garantia dos socorros públicos, ora da escolaridade primária ou mesmo da criação de escolas e universidades.⁴³⁷

Nesse sentido, a Lei Maior de 1933 aponta como uma evolução a este cenário, conferindo um prestígio não antes visto na ordem jurídico-constitucional portuguesa, aos direitos sociais, que passam a constar em diversos dispositivos constitucionais, a exemplos dos artigos 42º e 43º. Impende ressaltar, contudo, que não houvera, nesse momento, a efetivação adequada desses direitos, em que pese a disposição constitucional.⁴³⁸

Após largo período totalitário, aponta a Constituição Portuguesa de 1976, como o terceiro instante de evolução dos direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional portuguesa. Nesse instante, para além da dignidade da pessoa humana ter sido elevada à condição de metaprincípio, influenciando, portanto, na leitura de demais as normas, observou-se um grande compromisso do constituinte originário com a justiça constitucional, bem como com a real efetividade dos direitos sociais.⁴³⁹

⁴³⁷ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva da justiça intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 68. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁴³⁸ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva da justiça intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 70. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

⁴³⁹ CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva da justiça intergeracional**: uma ótica orientada pela sustentabilidade. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 70. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

Aspecto peculiar da Constituição Portuguesa, que inclusive muito se assemelha à Constituição Brasileira de 1988, é que esta optara por normatizar um vasto catálogo de direitos sociais no texto constitucional, não se valendo, portanto, de cláusulas gerais que viessem a consagrar o Estado Social, como na Alemanha.⁴⁴⁰

4.2.1 Fundamento na Carta Constitucional Portuguesa

Verificada a opção do constituinte originário português, de largamente discriminar os direitos sociais na sua constituição, cabe averiguar, de igual modo ao que fora feito acima com os direitos sociais brasileiros, o regime jurídico-constitucional destes em comparação com os direitos e garantias individuais.

Percebe-se que o ordenamento jurídico-constitucional português, assim como o brasileiro, reconhece o caráter jusfundamental não só dos direitos e garantias individuais, como também dos direitos sociais, uma vez que estes consubstanciam em suas normas, valores imprescindíveis ao modelo de Estado adotado, qual seja, o de Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁴¹

Reconhece também a jusfundamentalidade, Jorge Miranda, ao ponto em que ressalta a constante e necessária dialética entre liberdade e igualdade, para a concretização do Estado de Direito. Assim, ao passo em que os primeiros consistiriam em direitos atinentes à “libertação do poder”, “à proteção”, estes últimos figurariam como direitos de promoção ao bem-estar, de “libertação da necessidade”.⁴⁴²

⁴⁴⁰ BOTELHO, Catarina Santos. A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da carta social europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista Jurídica de los Derechos Sociales**, 2017, p. 13. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/3997/2566-7786-1-SM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/05/2018.

⁴⁴¹ BOTELHO, Catarina Santos. A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da carta social europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista Jurídica de los Derechos Sociales**, 2017, p. 13. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/3997/2566-7786-1-SM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/05/2018. P. 13

⁴⁴² MIRANDA, Jorge *apud* CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional: uma ótica orientada pela sustentabilidade**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 81. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

Constata Ingo Sarlet, contudo, que enquanto a Constituição brasileira não difere expressamente no tratamento dos seus direitos fundamentais, a Constituição portuguesa assim o faz, criando um regime próprio, distinto e inferior para os direitos sociais em face dos direitos e garantias individuais.⁴⁴³

A conclusão acima é facilmente extraível de várias passagens do texto constitucional, dentre as quais: 1º) a do art. 18^{o444}, que atribui aplicabilidade imediata apenas aos direitos, liberdades e garantias; 2º) a do art. 19^{o445}, que veda a suspensão, a não ser que se esteja diante de estado de emergência ou de sítio, apenas aos direitos, liberdades e garantias; 3º) a do art. 288⁴⁴⁶, que apenas resguarda do poder de reforma, os direitos, liberdades e garantias. 4º) ao nº5, art. 20⁴⁴⁷, que resguarda o direito à tutela efetiva para a proteção em face das ameaças ou violações apenas dos direitos, liberdades e garantias; 5º) ao nº1, do art. 165, que reserva privativamente apenas a matéria de direitos, liberdades e garantias à Assembleia da República.⁴⁴⁸

O critério orgânico, qual seja, o que estipula como competência privativa da Assembleia da República apenas os direitos e garantias individuais, podendo os direitos sociais serem limitados não só por lei parlamentar, como decreto-lei, bem como a aplicabilidade imediata apenas aos direitos e garantias individuais, revelaria a prevalência destes em detrimento dos direitos sociais.⁴⁴⁹

Carlos Blanco de Moraes pontua que o primado dos direitos individuais frente aos sociais nada mais é do que um pressuposto existencial para o Estado Democrático de Direito, que

⁴⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. P. 15. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasauade/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁴⁴ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁴⁵ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20/04/2018

⁴⁴⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20/04/2018

⁴⁴⁷ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20/04/2018

⁴⁴⁸ BOTELHO, Catarina Santos. A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da carta social europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista Jurídica de los Derechos Sociales**, 2017, p. 14. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/3997/2566-7786-1-SM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁴⁴⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. P. 09. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a05.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

inexistiria sem as liberdades e garantias constitucionalmente salvaguardadas. O inverso, contudo, não seria verdadeiro, pois existem Estados Democráticos de Direitos que não consagraram os direitos sociais, dentre eles o alemão, americano e britânico.⁴⁵⁰ Ressalta também, esse nobre jurista, acerca da diferença qualitativa e quantitativa das obrigações prestacionais e os direitos de liberdade. Estes últimos, em que pese reclame de recursos para a sua efetivação, geram custos infinitamente menores do que as prestações sociais.⁴⁵¹ No que tange ao aspecto qualitativo, entende que as despesas com segurança, justiça e eleições são despesas imprescindíveis para a consecução de atividades primárias de Estado, não sendo, portanto, comparável aos custos com a promoção do bem-estar desenhada pela Constituição.⁴⁵²

Há quem rejeite essa interpretação restrita e dicotômica entre os direitos fundamentais, defendendo assim a tese da unidade dogmática que propõe que essa divisão ofertada pelo texto constitucional seria apenas um “recorte formal”, não havendo, portanto, distinção hierárquica no plano axiológico, até mesmo pelos valores ético-políticos consubstanciados nas normas de cunho social.

Nesse sentido, por exemplo, caminha a opinião de Catarina Botelho, a qual defende a substituição da nomenclatura “direitos fundamentais sociais” para simplesmente “direitos fundamentais”, por reputar não ser frutífero formular caracterizações autônomas no ambiente dos direitos fundamentais.⁴⁵³

Observa-se, contudo, que o Tribunal Constitucional, quando provocado por suas decisões, não enfrentara, no âmago de suas decisões, a questão da fundamentalidade dos direitos sociais, bem como a sua eventual distinção para os direitos e garantias individuais. Percebe-se que se

⁴⁵⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. P. 09. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a05.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁵¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. P. 14. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a05.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. P. 14. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a05.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁵³ BOTELHO, Catarina Santos. A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da carta social europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista Jurídica de los Derechos Sociales**, 2017, p. 15. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/3997/2566-7786-1-SM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 mai. 2019.

ateve a observar se restaram violados, em flagrância, a tríade principiológica, qual seja, o princípio da igualdade, proteção da confiança e proporcionalidade.⁴⁵⁴

Nota-se, desse modo, a primeira profunda diferença do regime jurídico, bem como da crença jurídica dos direitos sociais no Brasil e em Portugal. Em que pese ambos reconheçam a jusfundamentalidade desses direitos, observa-se que em Portugal vige a crença de que os direitos individuais seriam mais indispensáveis, mais precípuos à atividade do Estado, estando, portanto, hierarquicamente acima dos direitos de cunho prestacional.

4.2.1.1 Grau de eficácia

Questão polêmica, que inclusive suscita a interpretação acima vista de que o constituinte teria preterido os direitos sociais em face dos direitos e garantias individuais, é a questão atinente à eficácia dos direitos fundamentais portugueses. Esta decorre do fato da Constituição da República Portuguesa estabelecer, em seu art. 18⁴⁵⁵, a aplicabilidade imediata apenas aos “direitos, liberdades e garantias”, enunciando de forma diversa à, por exemplo, Constituição Brasileira, que se vale no art. 5, §1º, da nomenclatura de “direitos e garantias fundamentais”.

Destacam Canotilho e Vital Moreira, que se dota apenas os direitos e garantias individuais de aplicabilidade imediata, pois estes seriam normas que definem posições jurídicas (*norma normata*) e não somente normas que ensejam a produção de outras normas (*norma normans*).⁴⁵⁶

Ressaltam, para além disso, os autores supracitados, que os direitos e garantias individuais seriam direitos *a prima facie*, ou seja, que independem de regulamentação para que haja a sua operacionalização, diferindo, portanto, das normais sociais, programáticas.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ BOTELHO, Catarina Santos. A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da carta social europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista Jurídica de los Derechos Sociales**, 2017, p. 16. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/3997/2566-7786-1-SM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 mai. 2019.

⁴⁵⁵ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20/04/2018

⁴⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 382.

⁴⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 382.

Em que pese nada obste que normas ulteriores venham a disciplinar e limitar o exercício e gozo dos direitos e garantias individuais, estas, diferentemente das normas sociais, já seriam autossuficientes, autoaplicáveis, exequíveis, independentemente destas normas infraconstitucionais virem um dia a existir.⁴⁵⁸

Calha ressaltar, contudo, que, em que pese não se reconheça a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, tem-se que essas normas são “medianamente vinculativas” ao legislador, que deve, na medida do possível, maximizar os seus esforços para concretizá-los.⁴⁵⁹ Diz-se “mediatamente vinculativa”. pois em razão da baixa densidade normativa dos direitos sociais no texto constitucional, vedada restaria apenas a inação por parte do legislador, no que tange à regulamentação de tais direitos prestacionais, em razão, inclusive, do art. 283 da Constituição, que propugna pela inconstitucionalidade por omissão.⁴⁶⁰

Entende-se que difícil restaria as possíveis alegações de inconstitucionalidade por omissão, quando a possível razão da inconstitucionalidade residisse na baixa ou insuficiente regulamentação desses direitos, pelo legislador, até porque presumir-se-ia que fora uma opção do constituinte delegar a conformação desses direitos ao legislador, bem como, que essa conformação se dera na medida do possível.⁴⁶¹

Percebe-se com isso, que os direitos fundamentais sociais, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, diferentemente da ordem jurídico-constitucional brasileira, não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigi-los ao Poder Público, de forma imediata, quedando a sua concretização dependentes da opção legislativa.⁴⁶²

⁴⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 382.

⁴⁵⁹ AMARAL, Karina Almeida do. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul./dez., 2010, p. 19. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶⁰ AMARAL, Karina Almeida do. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul./dez., 2010, p. 19. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶¹ AMARAL, Karina Almeida do. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul./dez., 2010, p. 20. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶² AMARAL, Karina Almeida do. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul./dez., 2010, p. 19. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

Minoritariamente, contudo, há quem, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, aduza pela sindicabilidade desses direitos, nos casos em que houvesse a regulamentação insuficiente pelo legislador, em razão da necessidade “de existir um mínimo que fosse direito de todas as pessoas independentemente das opções legislativas”.⁴⁶³

Perceba, portanto, que a posição majoritária portuguesa, quanto ao grau de eficácia dos direitos sociais, contrasta e muito com a posição majoritária brasileira, que dota os direitos prestacionais de aplicabilidade imediata, só podendo estes poderem vir a ser limitados, restringidos, não realizados, sob o argumento da reserva do possível, se estiver presente um argumento legítimo a autorizar a não aplicação do comando constitucional.

4.2.1.2 Limites materiais ao poder de reforma

Outra questão que também fragiliza os direitos prestacionais no ordenamento jurídico-constitucional português é o fato deste não se encontrar disposto como limite material ao poder de reforma, ou seja, como cláusula pétrea, no art. 288 da Constituição Portuguesa, bem como não vir assim a ser considerado pela doutrina e jurisprudência majoritária.

Conforme visto, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro também exclui, ao disciplinar os limites materiais, no art. 60, §4º da Constituição, os direitos sociais do rol de cláusulas pétreas. A doutrina e jurisprudência majoritária, contudo, conforme já visto, estende essa proteção a esses direitos, por entender ser esta a interpretação que mais se coaduna com o texto, bem como com os objetivos constitucionais.

A posição, contudo, defendida de forma incontestada pela doutrina e jurisprudência portuguesa é a de que os direitos, liberdade e garantias detêm sim um regime privilegiado frente aos demais, figurando inclusive como limite material a eventuais reformas constitucionais, conforme prevê o art. 288.⁴⁶⁴

Entende-se que esta proteção do art. 288, direcionada aos direitos e garantias individuais, apenas seria extensível aos direitos sociais de natureza análoga a estes direitos, ou seja, aos de

⁴⁶³ AMARAL, Karina Almeida do. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul./dez., 2010, p. 21. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶⁴ FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. 2005, p. 17. Disponível em: www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/334/327. Acesso em: 22 abr. 2019.

cunho absenteísta, a exemplo do direito de greve ou liberdade de associação sindical, quedando-se excluído, os demais, de natureza prestacional.⁴⁶⁵

Nesse sentido, alude Ingo Sarlet salientando que a opção portuguesa, diferente da brasileira, fora a de estender a interpretação dos direitos e garantias individuais apenas aos seus análogos, abarcando, contudo, tão somente as “liberdades sociais” que nada mais seriam do que os direitos sociais de cunho absenteísta.⁴⁶⁶

Percebe-se, desse modo, que os direitos sociais portugueses se encontram em um grau de vulnerabilidade muito maior do que os brasileiros, uma vez que os brasileiros são agraciados, através da interpretação extensiva da doutrina, bem como jurisprudência majoritária desta proteção.

Tal questão opera efeitos práticas de fácil percepção, a exemplo da reforma no regime de pensões feitas pela EC nº 20, no qual se estipulou a contribuição de inativos. Esta seria muito menos discutível em Portugal, uma vez que este não resguarda nenhuma proteção, no que tange às reformas constitucionais, aos direitos sociais, bem como pelo fato da Constituição não proteger o direito adquirido.⁴⁶⁷

4.2.2 Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Conforme misto no tópico 3.1.2.1 (Breve Histórico das Experiências Estrangeiras), o princípio da vedação ao retrocesso social surge tanto doutrinária como jurisprudencialmente, de uma forma abrangente, alargando a sua proteção não só às normas já dispostas no texto constitucionais, como também às derivadas destas, a exemplo leis e atos normativos, que instrumentalizavam a realização desses direitos.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.** 2005, p. 17. Disponível em: www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/334/327. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 432

⁴⁶⁷ QUINTILIANO, Leonardo David. **Direitos sociais e vinculação do legislador:** a interpretação constitucional em tempo de crise do Estado Social contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 251. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37524/1/ulfd137202_tese.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

⁴⁶⁸ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 144.

O primeiro acórdão do Tribunal Constitucional Português, assim, o acórdão nº 39/84, refletira a mesma tendência, julgando inconstitucional, nessa oportunidade, vários dispositivos infraconstitucionais que visavam, no fim, promover a extinção do Serviço Nacional de Saúde. Entendeu-se a época que a extinção desses dispositivos atentariam contra o próprio direito à saúde, razão pela qual os direitos derivados a prestações deveriam restar salvaguardados.⁴⁶⁹

Percebera-se, contudo, que essa linha adotada fora revisitada com o passar dos anos, limitando-se o alcance do princípio da vedação ao retrocesso a tão somente os cortes a benefícios sociais que afrontassem ao núcleo essencial destes. Restringiu-se também o amparo, nos casos de violação ao princípio da confiança, a apenas os direitos adquiridos.⁴⁷⁰

Antes adepto à linha intermediária forte, o principal expoente lusitano até então da teoria, Gomes Canotilho, que inclusive inspirara o acórdão emblemático do Tribunal Constitucional, revira o seu posicionamento, em face, sobretudo das necessidades fáticas que se impunham, oriundas principalmente da crise econômica e dos momentos de austeridade. Entendera assim que:

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.⁴⁷¹

Passara a acreditar assim que o sobredito princípio quedaria de mãos atadas às crises econômicas e às políticas de austeridade, do qual denomina por reversibilidade fática, restringindo-se meramente à aferição do limite da retrocessão dos direitos adquiridos. Constara, portanto, a necessidade de compatibilizar as expectativas nutridas pela sociedade, com a realidade do mundo.⁴⁷²

Entende-se, assim, que o referido autor passara a admitir os argumentos atinentes à crise econômica, à escassez, à austeridade, como argumentos, valores legítimos a ponto de

⁴⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 347.

⁴⁷⁰ DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 156.

⁴⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2008, p. 110.

⁴⁷² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339

promover a flexibilização desse princípio, que visa salvaguardar a mínima proteção social, ao se propor proteger o conteúdo essencial dos direitos sociais.⁴⁷³

Jorge Miranda fora outro destacado jurista que passara a modificar a sua linha de entendimento. Antes adepto da corrente radical, que reputada o princípio da vedação ao retrocesso como “limite transcendente”, este jurista passara a flexibilizar o seu entendimento, compreendendo que:

a) em havendo condições constitucionais e econômicas favoráveis, tais normas devem ser interpretadas de forma a extrair o máximo de satisfação das necessidades sociais e a realização de todas as prestações; b) se as condições constitucionais e econômicas não forem favoráveis, é necessário adequar as prestações ao nível de sustentabilidade existente, inclusive com a redução dos beneficiários ou dos valores recebidos; e, c) em situações limite, será possível a suspensão temporária dessas normas legais, que deverão ter sua efetividade restabelecida a curto e médio prazos.⁴⁷⁴

Reconhece este jurista, inclusive, a possibilidade de se vir a ter que conciliar a vedação ao retrocesso ambiental, que se encontra apoiado não no princípio da proteção da confiança, mas no princípio da sustentabilidade das presentes e futuras gerações, com a necessidade de assegurar a solvibilidade do Estado, através da economia dos dispêndios públicos.

Admite-se, inclusive, para isso a sobreposição desta última à primeira, quando realizada a ponderação e harmonização, se averiguar que a realização da primeira impedirá “políticas públicas de garantia do mínimo de existência condigna”.⁴⁷⁵

Há inclusive autores portugueses, como Vieira de Andrade, que adotam a linha mitigada, linha esta que reputa o princípio da proibição do retrocesso não como um princípio-jurídico

⁴⁷³ MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da Ufersa**, v. 1, n. 2, ago./dez. 2017, p. 11. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴⁷⁴ MIRANDA, Jorge *apud* TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira**: sede material, aplicação e limites. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 56. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴⁷⁵ MIRANDA, Jorge *apud* TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira**: sede material, aplicação e limites. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017, p. 56. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

constitucional, mas sim como um princípio que vige no plano político, operando como um mandamento excepcional de controle ao manifesto arbítrio do Estado.⁴⁷⁶

Dá análise dos acórdãos do Tribunal Constitucional Português, aqui realizada no subtópico 3.5, se extrai que este tribunal, nos dias atuais, encontra-se intimamente filiado à linha intermediária fraca, uma vez que, ao passo que reconhece a força normativa do princípio da vedação ao retrocesso, admite os fatores excepcionais de crise, como fatores legítimos aptos a ensejar não só uma ponderação, como, muitas vezes, uma flexibilização dos demais valores constitucionais.

Conforme visto, esse princípio só acaba prevalecendo, após realizada a ponderação junto aos demais valores e urgências econômicas impostas, quando da ocorrência de uma flagrante violação à proporcionalidade ou igualdade ou proteção da confiança, tríade principiológica que, conforme visto, limita a atividade de ponderação e harmonização. Perceba, por exemplo, como fora julgado pelo Tribunal Constitucional o acórdão n° 396/2011⁴⁷⁷, no qual se julgou constitucional a redução temporária dos salários dos servidores públicos, entre 3,5 e 10%, em razão do interesse público de extremo relevo que se impunha na ordem constitucional, naquele instante.

A exemplo também do acórdão n° 353/2012⁴⁷⁸ que entendeu pela inconstitucionalidade da suspensão do subsídio de férias, bem como da gratificação natalina dos servidores públicos e dos pensionistas, concedendo, contudo, efeitos prospectivos à norma inconstitucional, que vigorara até o término do exercício financeiro de 2012, em razão da necessidade de se garantir a solvibilidade do Estado, de se fazer frente à austeridade, bem como cumprir os pactos internacionais.

⁴⁷⁶ FORTES, Mateus da Jornada. **Desconstruindo o princípio da proibição do retrocesso no Direito brasileiro**: a proteção dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, p. 35. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31835/1/ulfd133662_tese.pdf. Acesso em: 18 abr. 2019.

⁴⁷⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 396/2011. Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁴⁷⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 353/2012. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

4.3 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016

Lastreada no argumento da falência do Estado de Providência, e assim na necessidade de se enxugar as contas públicas, sob pena de vir a estar, sob risco, a falência do próprio Estado, aprovou-se, como resposta aos consecutivos déficits primários acumulados pela União, nos anos de 2014, 2015 e 2016, a polêmica Emenda Constitucional nº 95/2016.

Resultado de duas propostas de Emenda à Constituição, quais sejam, a de nº 55 e a de nº 241, a famosa e controversa Emenda nº 95/2016 ou Emenda do Teto dos Gastos Públicos inseriu no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) inúmeras prescrições que concebem, no lapso de 20 anos, a datar de 2016, um novo regime fiscal de limite os gastos da União.⁴⁷⁹

Longe da pretensão de exaurir todas as discussões atinentes à constitucionalidade ou não de tudo o que fora inserido pela respectiva Emenda, analisa-se, detidamente, alguns pontos, a fim de se averiguar se comportaria o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange a essas políticas de austeridade, a dita “jurisprudência da crise” portuguesa, já analisada no capítulo 3.

4.3.1 Contexto

Antes de tudo, cumpre rememorar o período turbulento vivenciado pelo Brasil quando da adoção dessa medida. Esta advém de um cenário econômico turbulento, resultado dos sucessivos déficits primários das contas públicas nos anos de 2014 e 2015, bem como do exponencial crescimento da Dívida Bruta do Governo Geral que saltara de 51,7% do PIB, em 2013, para 67,5% em abril de 2016.⁴⁸⁰

Ressalta-se, para além desse período de crise econômica, a conjuntura política vivida nesse momento. Trata-se de um momento político bastante acalorado no Brasil, do qual resultou no

⁴⁷⁹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017, p. 260.

⁴⁸⁰ BRASIL. Exposição de Motivos da PEC 241. P. 05. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09DA93B91D0C4B92995C5DEB48609DF1.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em: 07 mai. 2019.

impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, do qual até hoje se discute a legitimidade democrática.⁴⁸¹

O grupo político que assumira, pós-*impeachment*, se mostrava comprometido em retomar as reformas preconizadas pelo Consenso de Washington de novembro de 1989, quais sejam, “1) disciplina fiscal; 2) priorização dos gastos públicos; 3) reforma tributária; 4) liberalização financeira; 5) regime cambial; 6) liberalização comercial; 7) investimento direto estrangeiro; 8) privatização; 9) desregulação; e 10) propriedade intelectual”⁴⁸², que de certo modo vinham sendo implementadas por Fernando Henrique Cardoso e foram parcialmente interrompidas na gestão do Partido dos Trabalhadores.⁴⁸³

Estão imbuídas nesse ideal neoliberal — que mais tem como prioridade o equilíbrio das contas públicas do que a realização de políticas sociais e assim a redistribuição de renda e a diminuição das desigualdades — inúmeras reformas (dentre elas a da previdência, sob tramitação), como a reforma trabalhista, já aprovada, e esta reforma fiscal, que congela, no prazo de 20 anos, as contas públicas, garantindo apenas o reajuste pela inflação, independente do crescimento do país.⁴⁸⁴

Urge salientar que se precedeu, à aprovação da medida, um caloroso debate dentro e fora do Congresso Nacional, acerca da idoneidade da fixação do teto dos gastos, para a salvaguarda das contas públicas do Estado, em razão do potencial enrijecimento prolongado de gastos sociais tão caros à sociedade, em especial, saúde e educação, que esta propiciaria. Indagava-se se esta era a medida mais apropriada e, sobretudo, necessária para fazer frente à crise.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ AMARAL, Nelson Cardoso. **Com a PEC241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)?** P. 05. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v22n71/1809-449X-rbedu-s1413-24782017227145.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁴⁸² BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos.** P. 18. Disponível em: <http://www.consultapopular.org.br/sites/default/files/consenso%20de%20washington.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁴⁸³ AMARAL, Nelson Cardoso. **Com a PEC241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)?** P. 05. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v22n71/1809-449X-rbedu-s1413-24782017227145.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁴⁸⁴ AMARAL, Nelson Cardoso. **Com a PEC241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)?** P. 06. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v22n71/1809-449X-rbedu-s1413-24782017227145.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

⁴⁸⁵ SILVA, José de Ribamar Pereira da; BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. **Uma interpretação para o teor dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal com limites para o gasto da União, e considerações sobre a sua implementação.** P. 07. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529648/OED0034.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2019.

Verifica-se, contudo, que nesse embate prevalecera os argumentos contidos na Exposição de Motivos enviada pelo Executivo, quais sejam: o da necessidade de aumentar a previsibilidade da política macroeconômica; impossibilitar o crescimento real da despesa pública, que teria seu orçamento reajustado apenas pela inflação; diminuir o risco de crédito, possibilitando a redução da taxa de juros.⁴⁸⁶

Concebe-se um novo regime fiscal anticíclico, partindo da premissa que “uma trajetória real constante para os gastos, associada a uma receita variando com o ciclo, resultarão em maiores poupanças nos momentos de expansão e menores superávits em momentos de recessão”.⁴⁸⁷

Percebe-se, desse modo, a nítida preocupação muito mais com a saúde das contas públicas, com o equilíbrio econômico-financeiro, do que realmente com políticas redistributivas de renda, em um país carente e desigual como o Brasil. A prova disso se extrai do trecho acima, com a clara preferência, no caso de superávits, de se guardar recursos para colaborar com a política monetária, a exemplo, do que reempregar e reinvestir em políticas públicas que visem à distribuição de renda.

4.3.2 Conteúdo

Pois bem, delineado brevemente o contexto pela qual a Emenda Constitucional nº 95/2016 encontrou-se inserida, resta analisar brevemente e sem a pretensão de exaurir toda as discussões sobre o tema alguns aspectos constitucionalmente polêmicos instituídos por essa Emenda.

Saliente-se, em primeiro lugar, a vedação que o art. 102 da ADCT traz ao crescimento real das despesas primárias em um lapso de 20 exercícios financeiros, garantindo apenas o aumento do valor nominal, a partir do índice de reajuste o IPCA, independentemente do crescimento econômico e demográfico havido nesse período.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ BRASIL. Exposição de Motivos da PEC 241. P. 05. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09DA93B91D0C4B92995C5DEB48609DF1.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em: 07 mai. 2019.

⁴⁸⁷ BRASIL. Exposição de Motivos da PEC 241. P. 05. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09DA93B91D0C4B92995C5DEB48609DF1.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em: 07 mai. 2019.

⁴⁸⁸ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017, p. 261.

Tal política, frise-se, não se parece coadunar com o projeto constituinte adotado, com o modelo de estado elegido pela Constituição, qual seja, o de um Estado de Bem-Estar Social, uma vez que esta possibilita, ao ignorar os fatores destacados acima, o sucateamento futuro de inúmeras políticas públicas caras para a sociedade, como as relacionadas a saúde e educação.⁴⁸⁹

Tem-se também com essa medida uma evidente limitação à autonomia do orçamento, engessando assim a política de governo dos administradores da coisa pública. Tal questão inviabiliza, por exemplo, o direito de cada cidadão eleger um “programa governo”, decidir sobre quais são “as políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico”.⁴⁹⁰

Urge salientar, de igual modo, o caráter antidemocrático dessa política econômica, uma vez que, ao passo em que esta se propõe a engessar os gastos com despesas primárias 20 exercícios financeiros, despesas estas atinentes à educação, saúde, folha de pessoal, previdência, ela exclui deste “sacrifício”, a exemplo, as despesas referentes ao pagamento de juros e amortizações.⁴⁹¹

Outro aspecto traumático a essa questão é que não foram afastados do teto os gastos relativos com a saúde e educação, indo assim de encontro à exigência constitucional que determina um percentual mínimo da receita corrente líquida destinada a essas áreas, e assim ao princípio implícito, mas largamente aceito na ordem jurídica pátria, de vedação ao retrocesso social.⁴⁹²

Observa-se que tal opção acima implicará, inexoravelmente, em uma diminuição de recursos no setor da saúde, por exemplo. Estima-se, pelos estudos elaborados pelo IBGE, por exemplo, que a renda per capita depreendida na saúde, que hoje se encontra na ordem de R\$446, será de R\$ 411 em 2036.⁴⁹³

⁴⁸⁹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017, p. 261.

⁴⁹⁰ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017, p. 261.

⁴⁹¹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017, p. 262.

⁴⁹² MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017, p. 262.

⁴⁹³ FALEIRO, Janine Rossi. **Financiamento da saúde e retrocesso social: uma análise da (in)constitucionalidade da Emenda Constitucional 95/2016**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2018. Dissertação de

Agrava-se tal questão, sobretudo, em razão do acréscimo do número de idosos neste período de 2036, em aproximadamente 96%, o que demandaria inexoravelmente em uma prestação ainda mais efetiva e ampla da saúde que não restará possível em face da própria diminuição da renda per capita vista acima, ocasionada pela medida.⁴⁹⁴

Logo, percebe-se dessa medida um primeiro conflito com o princípio da vedação ao retrocesso, pois os gastos com as despesas de saúde e educação não acompanharão a sua demanda, seja em razão do eventual crescimento econômico do país, seja em razão do crescimento demográfico que impõe uma atualização desses valores.

Percebe-se, de igual modo, um claro conflito com o direito ao voto, uma vez que ao cidadão não será facultada uma livre escolha sobre os planos diversos de governo, sobre os gastos prioritários, até por conta da vinculação e das prioridades elegidas por essa emenda, quando se trata de gastos públicos, a exemplo no que tange ao pagamento de juros e amortizações.

Verifica-se também um claro embate com o princípio do Estado Democrático, em razão das prioridades de cortes eleitas, bem como com o projeto de Estado de Bem-Estar Social eleito pelo contribuinte, para não citar demais aspectos polêmicos, fundado no suposto fato de se estar vivendo um período de exceção econômica financeira.

4.3.3 A inconstitucionalidade da política de austeridade

Para fins do presente exame, qual seja, o da análise da viabilidade da jurisprudência da crise servir como subsídio teórico e prático legitimador de políticas de austeridade, em especial, da Emenda Constitucional nº 95, é preciso considerar inconstitucional a medida, pois partindo da constitucionalidade, a análise de tal teoria perderia o sentido, não havendo o que se discutir.

Por tal teoria ou resposta à crise portuguesa, conforme visto, atuar no âmbito de uma tradicional inconstitucionalidade, buscando assim rever esta valoração a partir de valores extraídos da realidade fática, reputar-se-á, para fins destes estudos, incontrovertidamente a inconstitucionalidade da EC nº 95 acima analisada. Por conta disso, não se analisarão os

Mestrado. Disponível em: https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2018/05/Janine-Faleiro_Financiamento-da-saude-e-retrocesso-social_dissertacao.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

⁴⁹⁴ VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para efetivação do direito à saúde no Brasil**. P. 19. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT_n28_Disoc.pdf. Acesso em: 08 mai. 2019.

argumentos nas ações de controle de constitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Reputa-se, desse modo, inconstitucional a medida, primeiramente pelo fato desta substituir a obrigação positiva de um gasto mínimo, pela vinculação de um gasto máximo. Isso, para além de ser tendencialmente conflitante com o princípio da vedação ao retrocesso social, não refletiria em nenhum avanço quanto “a qualidade do gasto no ciclo orçamentário”.⁴⁹⁵

Os defensores dessa linha entendem não parecer ser a solução mais adequada às distorções, desvios, abusos existentes, a promoção de cortes no orçamento da saúde e educação, uma vez que tal medida põe em risco a educação básica, dos 4 a 17 anos, de milhões de adolescentes, bem como a “promoção e recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros”.⁴⁹⁶

Reputa que o processo pedagógico e civilizatório, pelo qual o Brasil se encontra, de educar e assegurar a saúde dos seus cidadãos, não pode vir a ser obstado por argumentos um tanto quanto questionáveis de crise econômica, de falência do Estado, sob pena de vir a frustrar “a própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra”.⁴⁹⁷

Salienta-se, ademais, o risco que um precedente como este pode vir a gerar as atuais e vindouras gerações, seja em razão de ainda estar em desenvolvimento o Estado de Bem-Estar, em face das inúmeras carências e desigualdades desta nação, “seja do ponto de vista democrático-institucional, visto se tratar de reforma promovida sem sustentação mínima no corpo social”.⁴⁹⁸ Este entendimento parece ser o mais compatível com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, haja vista a distinta abordagem aqui conferida aos direitos sociais, conforme análise pormenorizada acima, a exemplo da distinta forma que se concebe o princípio da vedação ao retrocesso social no Brasil e em Portugal.

⁴⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: mínimos inegociáveis. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em: 08 mai. 2019.

⁴⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: mínimos inegociáveis. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em: 08 mai. 2019.

⁴⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: mínimos inegociáveis. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em: 08 mai. 2019.

⁴⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**: mínimos inegociáveis. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em: 08 mai. 2019.

Aparenta também ser a postura mais compatível com o nível de dirigismo constitucional aqui reclamado, muito distinto e distante, portanto, da concepção atual revisitada recentemente por Canotilho, em razão não só da severidade da crise econômica vivenciadas pelos lusitanos, como também pelo padrão civilizatório por eles já alcançado.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como ponto fulcral a análise da viabilidade da jurisprudência da crise servir como subsídio teórico e prático apto a conferir legitimidade a políticas de austeridade, em especial, a EC nº 95, que de certa forma limitou a prestação de uma série de direitos, dentre os quais, ressalte-se, a saúde e a educação.

Tal análise, frise-se, se pautou em uma visão puramente normativa, qual seja, a partir do exame do regime jurídico conferido aos direitos sociais no Brasil e em Portugal, dispensando assim argumentos de natureza econômica, como custos dos direitos, escassez, trade-offs etc.

Inicia-se assim o presente estudo, no segundo capítulo, a partir da análise da evolução do modelo estado, apontando assim as razões de sua superação, em concomitância com o surgimento dos direitos fundamentais, a fim de se ressaltar as conquistas civilizatórias obtidas paulatina e progressivamente pelo homem.

Tal ressalva acima ganha pertinência e relevo quando da análise das medidas de austeridade propostas e adotadas, como a EC nº 95, em razão da crise do Estado Social, não devendo, portanto, vir a ser sempre relegada a segundo plano, em face dos argumentos que apelam para o estado de exceção financeira etc.

Tal observação, qual seja, a que tais direitos foram adquiridos a partir de uma lenta e gradual luta histórica, também subsidia a decidir se hoje, no Brasil, é possível abdicar do projeto dirigente do constituinte originário, em razão da revisão de entendimento do seu principal expoente ou mesmo das condições econômicas adversas.

Não nos parece crível recepcionar tal revisão em terras brasileiras. Perceba primeiro o grande disparate entre os países em termos de desenvolvimento, em termos de qualidade de vida. Enquanto Portugal atingira, da sua Constituição para os dias de hoje, estágio de desenvolvimento de país de primeiro mundo, o Brasil conforme já fora dito, ainda se encontra longe de alcançar as promessas da modernidade visadas pelo Estado do Bem-Estar Social.

Observe que o fato de o Brasil pecar ainda em questões básicas não só o distancia do estágio desenvolvimentista atingido por Portugal, como também inviabiliza qualquer projeto que vise retirar o Estado da condição de principal dirigente da transformação social, da realização de justiça social.

Visto isso, passa-se a análise do terceiro capítulo, que se debruçara na resposta ofertada pelos portugueses a crise do Estado Social, qual seja, a dita Jurisprudência da Crise. Entendeu-se, nesse momento, que a interpretação constitucional não poderia quedar adstrita à análise da norma, devendo-se considerar em igual ou maior intensidade a grave crise econômica que enfrentara os lusitanos. Privilegiou-se, nesse período de recessão econômica, outros valores e fatores, como a urgência e a solvibilidade do Estado em face das prescrições constitucionais. Legitimou-se, em razão disso, a redução temporária do salário de servidores públicos, o corte do subsídio de férias de ativos e inativos, bem como se modulou os efeitos de uma norma declarada inconstitucional para o futuro.

É bem verdade que as políticas de austeridade passavam pelo crivo de constitucionalidade do Tribunal Constitucional, através da tríade principiológica, qual seja, a proporcionalidade, igualdade e proteção da confiança. Este, contudo, conforme bem se verificou, compadecera com o momento de exceção vivido, se atendo a declarar a inconstitucionalidade apenas nos casos de evidente violação a esses princípios.

É bem verdade, contudo, que tal interpretação transitoriamente conferida às normas constitucionais, a fim de compatibilizar o sistema jurídico aos efeitos da crise, bem como tal complacência do Tribunal Constitucional, muito derivara da necessidade de cumprir o compromisso internacional firmado em contrapartida do pedido de ajuda financeira.

Os acórdãos, em diversas passagens, ressaltam não só a transitoriedade interpretativa e a necessidade de se cumprir o acordo internacional firmado, como o período excepcional vivido por Portugal, que no período de 2008 a 2014 teve o aumento galopante de sua dívida pública de 71,7% para 130,2% do PIB.

Constata-se, desse modo, que em que pese interessante e curiosa, esta medida adotada por Portugal não parece coadunar com as mesmas condições fáticas vividas pelo Brasil, ao menos por hora, o que, no nosso entender, inviabilizaria o seu uso como subsídio teórico, no presente momento, no território nacional.

Observa-se que a dívida brasileira não crescera em tamanha proporção como a dívida portuguesa, muito menos ultrapassara o seu PIB. Para além disso, percebe-se que inexistia para o Brasil qualquer compromisso internacional que o obrigasse à adoção de medidas de austeridade, como no plano português, devendo, portanto, todo o argumento jurídico se embasar na ordem interna.

É em razão disso que se dedica o quarto capítulo à análise do regime jurídico-constitucional conferido por ambas as ordens constitucionais, brasileira e portuguesa, aos direitos sociais, pois, conforme visto, inexistência de similitude na ordem fática, bem como de acordo internacional, obriga que a análise se volte ao exame da ordem jurídico interna.

Fato comum às duas ordens jurídico-constitucionais é o reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais, por entenderem que esses direitos esculpem valores-chaves, imprescindíveis ao Estado Social e Democrático de Direito adotado, revelando nada menos do que a ideologia deste.

A primeira dessemelhança, contudo, ocorre no fato da Constituição Portuguesa, de forma diversa da brasileira, não conferir tratamento uniforme a todos os direitos fundamentais, dotando os direitos sociais de um regime distinto e inferior aos direitos e garantias fundamentais, que nessa ordem constitucional vêm a gozar de maior prestígio.

Outro ponto de desencontro é justamente o fato da doutrina e jurisprudência majoritária portuguesa, de forma diversa a brasileira, não reconhecer a aplicabilidade imediata aos direitos sociais. Segue-se aqui a interpretação literal do art. 18 da Constituição da República Portuguesa.

Há de se ressaltar também o desencontro de ambas ordens constitucionais no que tange aos limites materiais ao poder de reforma. O texto constitucional português, assim como o brasileiro, não inclui os direitos sociais no rol de cláusulas pétreas. Ocorre, contudo, que a doutrina e jurisprudência majoritária portuguesa, de forma diametralmente oposta à brasileira, não concebe a extensão de tal garantia para tais direitos prestacionais.

Observa-se ainda nesse capítulo como o princípio da proibição do retrocesso é encarado em ambos os países. Surge, conforme visto, em Portugal, este princípio implícito, de uma forma bastante abrangente, vigendo posteriormente a linha intermediária forte, que admite a redução de direitos sociais, desde que esta sobreviva aos testes de proporcionalidade, bem como não reste atingido o núcleo essencial destes.

Acontece, contudo, que a intensidade da crise econômica vivenciada influenciara na mudança de concepção, tanto do Tribunal Constitucional, como dos doutrinadores de grande relevo. Passou-se a adotar, assim, a linha intermediária fraca, que reputa o argumento de emergência econômico-financeira legítimo, apto a, por si só, promover a redução de direitos sociais em um eventual sopesamento.

O Brasil, por sua vez, também reconhece este princípio como princípio implícito da ordem jurídico-constitucional. O desencontro ocorre, contudo, no fato da doutrina, bem como jurisprudência majoritária brasileira, de modo diverso a portuguesa, adotar a dita linha intermediária forte. Esta linha, adotada em terras brasileiras, conforme visto, apesar de admitir a restrição dos direitos sociais, desde que resguardado o núcleo essencial, bem como que aprovado nos testes da proporcionalidade, não admite o argumento da situação de emergência econômico-financeira, como argumento idôneo e em par de igualdade com os demais valores constitucionais, a ponto de legitimar a restrição desses direitos.

Excluído o fato de ambos reconhecerem a jusfundamentalidade, percebe-se que o regime jurídico dos direitos sociais conferido pela ordem brasileira difere significativamente da ordem portuguesa, gozando esses direitos, inclusive, no Brasil, de muito mais prestígio e proteção.

Por fim, analisa-se no fim deste quarto capítulo as medidas de constitucionalidade duvidosa promovidas pela EC nº 95, dentre as quais o congelamento de gastos em áreas tão sensíveis como saúde e educação, a fim de se verificar a viabilidade da jurisprudência da crise servir como subsídio teórico legitimador.

Parece-me não servir, ao menos neste instante, esta teoria. Observa-se que o Brasil se encontra em um estágio de desenvolvimento econômico-social bastante distinto de Portugal, razão pela qual, conforme já fora dito, não se pode abdicar do projeto de uma constituição dirigente, voltado à transformação social.

O Brasil, de igual modo, não tivera o aumento exponencial da dívida pública como em Portugal, motivo pelo qual não resta presente as condições fáticas ensejadoras da adoção, bem como complacência de tais medidas. Urge ademais falar que o Brasil, diferentemente de Portugal, não assinara nenhum acordo internacional em razão da crise, motivo pelo qual não se encontra obrigado, como Portugal, a adotar qualquer medida, ou a cumprir qualquer obrigação internacional.

Por fim, verifica-se a completa dessemelhança do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais no Brasil e Portugal, senão vejamos o distinto grau de aplicabilidade dos direitos sociais, em ambos os países.

Enquanto o Brasil dota de aplicabilidade imediata, só podendo não ser realizado esses direitos, sob a máxima da reserva do possível, se existir motivo idôneo a ponto de justificar o descumprimento deste comando constitucional, em Portugal tais normas não gozam de

mesmo prestígio, de tal grau aplicabilidade, quedando a sua intensidade, portanto, sujeita ao legislador.

Observe, do mesmo modo, os limites materiais ao poder de reforma no Brasil e em Portugal. Enquanto, no Brasil, entende-se que devem quedar munidas desta proteção os direitos sociais, em Portugal entende-se que tais direitos não merecem tal guarnição.

Impacta, em especial, a forma como é encarado o princípio da vedação ao retrocesso. A adoção da linha intermediária forte no Brasil, por exemplo, inviabilizaria, ao menos em tese, o sopesamento, bem como a prevalência de argumentos de ordem econômica como o de sucessivos déficits ou rombo nas contas públicas, tão utilizados na exposição de motivos da presente emenda, em face dos demais valores constitucionais.

Não se poderia, de igual modo, ainda que tal conflito residisse apenas entre normas constitucionais, vir a restringir, limitar tal direito de cunho prestacional, a ponto de sacrificar o seu núcleo essencial, pois tal linha, diferentemente da adotada em Portugal, não comporta este sacrifício.

Nada obsta, contudo, que alterada as circunstâncias, seja pelo atingimento de um nível decente de desenvolvimento per capita, seja pelo agravamento da crise econômica, pela assunção de um compromisso internacional ou por outro motivo, este entendimento venha a ser revisto no futuro, uma vez que, conforme visto, muitos dos aspectos aqui expostos, do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, acabam sendo resolvidos pela doutrina e jurisprudência majoritária e não pelo texto constitucional.

Observa-se, por exemplo, que cabe margem de interpretação no que tange à aplicabilidade imediata dos direitos sociais, pois, em que pese o art. 5, §1º da Constituição brasileira se refira aos direitos e garantias fundamentais de forma indistinta, este dispositivo encontra-se situado no excerto dedicado de direitos e garantias individuais e coletivos.

Constata-se, de igual modo, o art. 60, §4º, IV da Constituição Federal que não impõe como limite material ao poder de reforma os direitos sociais, atendo-se a prescrever tal proteção apenas aos direitos e garantias individuais. Observa assim que coube à doutrina, bem como à jurisprudência majoritária resolver essas questões, podendo a mesma vir a cambiar em razão da mudança de circunstâncias.

Não obstante não tenha sido este o enfoque da pesquisa, mas tendo em vista a necessidade de o jurista moderno ofertar alternativas, não devendo, portanto, apenas ater-se a desconstruir o

que se encontra posto, é que reputo como sugerível, por exemplo, como alternativa para esta situação de crise econômica, a adoção de uma estrutural reforma tributária.

Tem-se como opções de reformas nesta área, para não adentrar nas demais reformas estruturais possíveis, a instituição do imposto sobre grandes fortunas, bem como a tributação de lucros e dividendos, a fim de melhor cumprir com um dos objetivos fundamentais primordiais da Constituição, qual seja, a redistribuição de renda, para que se possa lutar pela erradicação da pobreza, bem como atenuação das desigualdades.

Outro ponto que merece ser urgentemente revisto são as renúncias fiscais distribuídas para os grandes conglomerados empresariais que têm capacidade contributiva. Observa-se que esse agrado, normalmente concedido de forma não criteriosa a alguns, implica em uma renúncia à arrecadação na ordem de mais de uma centena de bilhão por ano.

Por fim, tem-se por urgente, ainda em âmbito tributário, para não adentrar em outras áreas, como a previdenciária, também amplamente debatida, a necessidade de uma ampla reforma do contencioso tributário, que hoje se mostra ineficiente na gestão dos mais de um trilhão de reais inscritos em dívida ativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Karina Almeida do. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976: a eficácia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul./dez., 2010. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo1%20Karina.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

AMARAL, Nelson Cardoso. **Com a PEC241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)?** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v22n71/1809-449X-rbedu-s1413-24782017227145.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

ANDRADE, Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. Disponível em: <http://www.consultapopular.org.br/sites/default/files/consenso%20de%20washington.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2019.

BERCOVICI, Gilberto *apud* LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO,

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **Os direitos sociais e as constituições democráticas brasileiras: breve ensaio histórico**. Disponível em: <http://files.estadoedireitossociais.webnode.com/200000003-8c4718d418/Bercovici%20-%20Massonetto.%20Direitos%20Sociais%20nas%20Constitui%C3%A7%C3%B5es%20Democr%C3%A1ticas%20do%20Brasil.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Era de Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-era-dos-direitos.pdf Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **Estado, Governo e Sociedade**. 14ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1 ed. João Ferreira (coord). João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais (rev.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTELHO, Catarina Santos. A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – do não impacto da carta social europeia (revista) na jurisprudência constitucional portuguesa. **Revista Jurídica de los Derechos Sociales**, 2017. Disponível em: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/3997/2566-7786-1-SM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20/05/2018.

_____. **Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da vedação ao retrocesso social?** Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Exposição de Motivos da PEC 241. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09DA93B91D0C4B92995C5DEB48609DF1.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em: 07 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1946/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3768 DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em 19/04/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 939/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 727864 PR. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 745745 MG. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 19 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE271286 RS. Rel. Min. Celso de Mello.
Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 436996. Rel. Min. Celso de Mello.
Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>

_____. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 594018. Rel. Min. Eros Roberto Grau.
Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599750>. Acesso em 22 abr. 2019.

BRITO, Miguel Nogueira de. La jurisprudência de la <<crisis>> del Tribunal Constitucional Portugués. **Revista de Facultad de Derecho**, n. 38, 2016. Disponível em:
<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/18596>. Acesso em: 09 fev. 2019.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional, Tomo I**. 6 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CANAS, Vitalino. **Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança**. Lisboa. 2014. Disponível em
<http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 out. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. Disponível em:
https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud MENDES, Marcelo Barroso. **A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988**. Disponível em:
<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098>. Acesso em: 25 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, nº 130. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Mariana. **Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués**. Disponível em: <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/DemSic/article/view/407/404>. Acesso em: 30 jan. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. VIII ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Significado e perspectivas da crise atual**. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Estado-Democratico-de-Direito/Significado-e-perspectivas-da-crise-atual/40/34933>. Acesso em: 29 jan. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em: 08 mai. 2019.

CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva da justiça intergeracional: uma ótica orientada pela sustentabilidade**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Miguel Calmon. **Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente**. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../doc_01.doc. Acesso em: 26 jan. 2019.

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

DE CARVALHO, Osvaldo Ferreira. **O Estado de necessidade econômico-financeiro e direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/viewFile/265/262>. Acesso em: 03 fev. 2019.

DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. Disponível em: <

DE QUEIRÓS, Luís Maia Monteiro. **A crise do Estado Social como justificação para reconfiguração ou restrição ao direito à retribuição**. Trabalho (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2014. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71655/2/24900.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FALEIRO, Janine Rossi. **Financiamento da saúde e retrocesso social: uma análise da (in)constitucionalidade da emenda constitucional 95/2016**. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2018/05/Janine-Faleiro_Financiamento-da-saude-e-retrocesso-social_dissertacao.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises económico-financeiras. In: **Revista de Informação Legislativa**, n.º 108, 1990.

FERREIRA, Kelvia Faria. **A atuação do tribunal constitucional português no contexto de crise: supremacia judicial em foco**. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/7171> . Acesso em: 02 fev. 2019.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. 2005. Disponível em: www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/334/327. Acesso em: 22 abr. 2019.

FORTES, Mateus da Jornada. **Desconstruindo o princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro: a proteção dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31835/1/ulfd133662_tese.pdf. Acesso em: 18/04/2019.

GARCÍA-PELAYO, Manuel apud DE CONTO, Mario. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006. Disponível em: www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 out. 2018.

GOUVEIA, Jorge Bacelar apud LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência económico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%20e%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/45/178/ri_l_v45_n178_p105.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, n.º 130. 2012.

ICPJ – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. **Debates sobre a Jurisprudência da Crise em tempos de viragem**. Vídeo no youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e1dT684chsw>. Acesso em: 11 set. 2018.

JONAS, Hans apud LOUREIRO, João Carlos. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2014. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execuc%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012. P. 57. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7Bf25d9d3f-bb88-47c8-90f2-a7efe2701d2a%7D.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2019.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social? O Insustentável peso do não-ter**. Disponível em: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

_____. Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo. In: OLIVEIRA, Paulo; LEAL, Gabriel Prado. **Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MADURO, Miguel Poiars apud HESPANHA, António Manuel. A revolução neo-liberal e a subversão do modelo jurídico. **Revista do Ministério Público**, n. 130, 2012.

MAGRI, Dirceu; HAZARD, Paul. **La crise de conscience européenne: 1680-1715**. PARIS: FAYARD, 1961. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/nonplus/article/download/56406/83603/+&cd=3&hl=en&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1. Curitiba: 2017.

MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise entre o contexto da jurisprudência da crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

MATTEUCCI, Nicola apud DE CONTO, MARIO. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2377/principiodaproibicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. Rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Marcelo Barroso. **A Constituição Dirigente e a Constituição de 1988**. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/580098>. Acesso em: 25 jan. 2019.

MIRANDA, Jorge apud CRUZ, Márcia Raquel Madruga. **Concretização progressiva dos direitos sociais na perspectiva intergeracional: uma ótica orientada pela sustentabilidade**.

Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28457/1/Concretizacao%20progressiva%20dos%20direitos%20sociais.pdf.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

MIRANDA, Jorge *apud* LEAL, Gabriel Prado. **Constitucionalismo, escassez e exceção: a emergência econômico-financeira no Estado Constitucional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em:
 <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34739/1/Constitucionalismo%2C%20Escassez%20e%20Execucao%20A%20emergencia%20economico-financeira%20no%20Estado%20Constitucional.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

MIRANDA, Jorge *apud* TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em:
http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **O regime dos direitos sociais**. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p23.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. **Os novos paradigmas do Estado Social**. P. 04. Disponível em:
<http://icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Disponível em:
 <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf> Acesso em: 23 out. 2018.

MORAIS, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. **De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”**. Disponível em:
<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a05.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e método de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis *apud* TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em:
http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

NUNES, António José Avelãs. **Aventuras e desventuras do Estado Social**. Disponível em:
 <https://www.fd.uc.pt/~anunes/pdfs/plh_5.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

PEREIRA, Ravi Afonso. **Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público.** Disponível em:

<http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1306&IDA=36655>. Acesso em: 05 fev. 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique apud PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Periódico do Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 01, jan./jun., 2014. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 28 jan. 2019.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais em caráter prestacional:** em busca da superação de obstáculos. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2008. Disponível em:

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional.** Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. **Revista Direito & Desenvolvimento**, v. 6, n. 12, 2015. Disponível em:

<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/296>. Acesso em: 19 abr. 2019.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 353/2012. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 39/1984. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/384993/details/maximized?p_p_auth=1ZBkAg9q. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 396/2011. Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão n° 187/2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 07 fev. 2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão n° 307/90. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 06/02/2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão n° 39/88. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Acesso em: 06/02/2019.

_____. Tribunal Constitucional Português. Acórdão n° 396/2011. Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em:

http://www.snesup.pt/htmls/_dllds/acordo_396_2011_TConstitucional.pdf. Acesso em: 01 fev. 2019.

POTRICH, Felipe Bittencourt. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites. **Revista Eletrônica da AGU**. Disponível:

<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113>. Acesso em: 22 abr. 2019.

QUINTILIANO, Leonardo David. **Direitos sociais e vinculação do legislador: a interpretação constitucional em tempo de crise do Estado Social contemporâneo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37524/1/ulfd137202_tese.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; DUARTE, Francisco Carlos. A Globalização e a Crise do Desemprego: Política de austeridade como solução para a crise do desemprego na Europa.

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Vol. 36, n. 01, 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1304>. Acesso em: 28 jan. 2019.

ROSSI; Amélia Sampaio; GOMES, Eduardo Biacchi. **Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais**. P. 14. Disponível em:

<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/221/157> Acesso em: 24 jan. 2019.

SACRAMENTO, Monique da Silva. **O princípio da proteção da confiança legítima na jurisprudência do tribunal constitucional português em tempos de crise econômico-financeira**. Disponível em:

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42035/1/Monique%20Sacramento.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2019.

SANTANA, Ana Cristina Almeida; OLIVEIRA, Luana Maria Costa; DE CARVALHO, Matheus Dantas. **Constitucionalismo Dirigente: Réquiem ou Proibição de Retrocessos dos Direitos Sociais?** Disponível em:

<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/1j3ng77c/MJ4A8pZgwDU92RPF.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, vol. I, nº 1, abril, 2011. Disponível: http://files.camolinaro.net/200000611-9669597622/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA%20CONST_1988.pdf. Acesso: 26 fev. 2019.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/artigo_ingo_df_sociais_petropolis_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia (org.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SETTEMBRINI, Dominico. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1 ed. João Ferreira (coord). João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais (rev.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

SILVA, José de Ribamar Pereira da; BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. **Uma interpretação para o teor dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal com limites para o gasto da União, e considerações sobre a sua implementação**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529648/OED0034.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2019.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>. Acesso em: 18 abr. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33465-43126-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SOARES, Rogério EHRHARDT. **Direito público e sociedade técnica**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

TATSCH, Ricardo Luís Lenz. **Direitos sociais, crise econômica, proibição do retrocesso social e o orçamento público**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima14/artigo-3.-direitos-sociais,-crise-economica,-proibicao-de-retrocesso-social-e-o-orcamento-publico.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material, aplicação e limites**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7744/2/RICARDO_LUIS_LENZ_TATSCH_DIS.pdf. Acesso em: 16 abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Marcus Vinicius Braga. **As reformas previdenciárias (necessárias) segundo os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional: um estudo dos sistemas português e brasileiro**. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42716/1/Marcus%20Tavares.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. P. 11. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em 28/01/2019.

VIANNA, Rodrigo. **Outro imenso passo atrás, agora nos direitos trabalhistas.** Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/brodrigovianna-europa-outro-imenso-passo-atras/>. Acesso em 31 jan. 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para efetivação do direito à saúde no brasil.** Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT_n28_Disoc.pdf. Acesso em: 08 mai. 2019.