

SEGUNDO CICLO DE ESTUDOS
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

A constitucionalização dos direitos sociais e o princípio da proibição do défice ou da insuficiência nas políticas públicas

Emília de Barros Mafra Lapenda

M

2024

DISSERTAÇÃO DE Mestrado APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE Mestrado EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS SOB ORIENTAÇÃO DA EXMA. PROFESSORA DOUTORA ANABELA COSTA LEÃO

AGRADECIMENTOS

À minha professora orientadora, pela inspiração na sala de aula e pelo compromisso constante em aprofundar os conhecimentos e aprimorar o desenvolvimento da dissertação;

Aos professores, funcionários e colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pela acolhida e pelo esforço diuturno em fornecer uma estrutura de excelência;

Aos colegas do curso de Mestrado, pela troca de experiências, novas amizades e desenvolvimento mútuo do conhecimento.

À minha mãe Ceça, por ser minha luz nos caminhos mais difíceis e acreditar em mim mesmo quando eu não acredito;

Ao meu pai Lauro e meus irmãos Juliana e Laurinho, pelo amor incondicional, apoio e incentivo;

Ao meu padrasto Armando e meus sogros Ana e Rubinho, pela torcida e por caminharem junto comigo;

Ao meu Tio Waldinho (*in memoriam*) que, mesmo sem saber, inspirou-me nos seus 80 anos que nunca é tarde para ir atrás dos sonhos;

E, a meu marido Eduardo e a meu filho Pedro, minha inspiração diária e sem os quais essa caminhada não seria possível;

Obrigada.

RESUMO

A concretização de políticas públicas de direitos sociais sempre esteve inserida em discussões multidisciplinares, envolvendo questões económicas, sociais e jurídicas, refletindo avanços e retrocessos da sociedade. O presente trabalho intenta voltar ao conteúdo essencial dos direitos sociais, a partir das discussões atinentes à sua inclusão como direitos fundamentais, para, em seguida, enfatizar suas características e as dificuldades delas decorrentes na densificação desses direitos e consequente efetivação pelos instrumentos normativos. Afirmada a sua condição de direito fundamental, busca-se a sua otimização, ou melhor concretização possível, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, tanto nas situações paradigma de colisão entre direitos, mas principalmente, nas recorrentes hipóteses de omissão ou proteção insuficiente dos direitos, através do viés da proporcionalidade consubstanciado na proibição do défice ou da insuficiência. O trabalho busca assim, a utilização do princípio, inaugurado no direito alemão e estudado com primor pela doutrina portuguesa, na concretização de políticas públicas em direitos sociais, notadamente no ordenamento jurídico brasileiro, baseando-se, para tanto, em extensa pesquisa doutrinária e jurisprudencial dos tribunais superiores de Portugal e do Brasil, evidenciando as similitudes e diferenças entre os respetivos ordenamentos. Neste ponto, por meio da análise qualitativa de julgados relacionados a direitos sociais do Supremo Tribunal Federal do Brasil e do Tribunal Constitucional Português, verificam-se os limites de interferência judicial e os obstáculos externos na implementação desses direitos. Conclui-se, finalmente, pelo crescimento da utilização da metódica da proibição do défice ou da insuficiência, ainda de forma bastante tímida, mas com grande potencial de desenvolvimento, a fim de solucionar as situações de violação dos direitos sociais por omissão, evidenciando o seu contributo na resolução de situações de escassez para implementação desses direitos.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais; proporcionalidade; proibição do défice, do defeito ou da insuficiência

ABSTRACT

The implementation of public social rights policies has always been part of multidisciplinary discussions, involving economic, social and legal issues, reflecting advances and setbacks in society. The present work intends to return to the essential content of social rights, based on discussions regarding their inclusion as fundamental rights, to then emphasize their characteristics and difficulties arising from the densification of these rights and consequent implementation by normative instruments. Having affirmed its condition as a fundamental right, its optimization, or best possible implementation, is sought through the use of the principle of proportionality, both in paradigm situations of collision between rights, but mainly, in recurring cases of omission or insufficient protection of rights, through the bias of proportionality embodied in the prohibition of deficit or insufficiency. Based on these guidelines, the work seeks to use the principle, inaugurated in German law and studied with excellence by Portuguese doctrine, in the implementation of public policies on social rights, notably in the Brazilian legal system, based, to this end, on extensive doctrinal and jurisprudential research of the superior courts of Portugal and Brazil, highlighting the similarities and differences between the respective systems. At this point, through a qualitative analysis of judicial cases related to social rights from the Supreme Federal Court of Brazil and the Portuguese Constitutional Court, the limits of judicial interference and external obstacles in the implementation of these rights are verified. Finally, it is concluded that there is an increase in the use of the method of prohibition of deficit or of insufficiency, still in a very timid way, but with great potential for development, in order to resolve situations of violation of social rights by omission, highlighting its contribution to the resolution of scarcity situations for the implementation of these rights.

Keywords: fundamental social rights; proportionality; prohibition of deficit or of insufficiency

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	2
RESUMO	3
ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I. PRINCIPAIS ASPETOS DOUTRINÁRIOS PERTINENTES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	8
1.1. Direitos sociais como direitos fundamentais.....	8
1.2. Os direitos sociais como regras e princípios	13
1.3. A natureza precipuamente positiva dos direitos sociais	15
1.4. O carácter abstrato e pendente de regulamentação das normas de direitos sociais... 18	
CAPÍTULO II. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	23
2.1. A proporcionalidade na colisão e na restrição de direitos fundamentais.....	24
2.2. Os subprincípios da proporcionalidade	27
2.3. Proibição do défice ou da insuficiência.....	29
CAPÍTULO III. O CONTRIBUTO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	38
3.1. Os limites de interferência judicial.....	39
3.2. A questão económica e a proporcionalidade	43
3.3. A proteção ao mínimo existencial e a proibição ao retrocesso.....	46
3.4. O princípio do défice ou da insuficiência nas jurisdições constitucionais brasileira e portuguesa.....	50
CONCLUSÃO.....	57
BIBLIOGRAFIA.....	59

INTRODUÇÃO

Há muito que os direitos sociais vêm sendo debatidos pela doutrina e jurisprudência, especialmente quanto aos desafios de sua concretização pelos destinatários da norma, tanto no que se refere aos limites de controle pelos órgãos jurisdicionais.

As discussões sobre a densidade desses direitos e os limites de sua efetivação, ainda que aprofundadas quanto a debates sobre o seu conteúdo essencial e a fatores externos que restringem a sua concretização, mostram-se sobremaneira superficiais ou inexistentes quanto às medidas de proporcionalidade em sua implementação, notadamente em situações de ausência ou insuficiência de proteção desses direitos.

A partir dessas premissas e diante do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, sem olvidar-se, todavia, de suas características essenciais, buscase com o presente trabalho o enfrentamento das dificuldades para sua implementação, sugerindo-se métodos para melhor de concretização de políticas públicas sociais, a partir da perspectiva de utilização do princípio da proporcionalidade, mais detidamente no seu viés de proibição do déficit ou da insuficiência.

A verdade é que a concretização de direitos fundamentais positivos, e nisso estão fortemente inseridos os direitos sociais, encontra obstáculos de ordem prática nem sempre vinculados à questão jurídica, que acabam por minimizar a discussão constitucional. Não fosse apenas isso, o próprio reconhecimento da efetiva concretização da norma encontra dificuldades na sua própria estrutura, bem assim na análise efetivada pelos seus destinatários do quanto se busca garantir na efetivação destes direitos fundamentais.

Ao buscar estudar a fundo os obstáculos vivenciados na efetivação de direitos sociais, o presente trabalho se inicia na origem destes direitos e sua inserção como direitos fundamentais, traçando as características e desafios deles decorrentes a partir de uma dogmática constitucional e de direitos humanos.

A discussão de sua efetividade retrocede para o *core* da norma que os prevê, ao apresentá-la como norma constitucional de direito fundamental. Atende-se, ademais, aos desafios de classificação das normas de direitos sociais como regras ou princípios, à equivocada generalização de sua natureza jurídica como unicamente de prestação positiva e, finalmente, aos empecilhos na necessária densificação da norma, diante de seu caráter abstrato e, muito comumente, não exequível de imediato.

No segundo capítulo, adentra-se propriamente à discussão sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como método de otimização da realização de direitos sociais. Apresenta-se, a partida, o princípio da proporcionalidade, utilizado em seu mais conhecido viés de proibição do excesso, cuja aplicação se encontra, contudo, restrita às situações de colisões de direitos e restrições a garantias fundamentais.

Assim, o trabalho busca, em seguida, demonstrar a ampliação da metódica da proporcionalidade para as situações de ausência de implementação ou realização insuficiente de políticas públicas sociais, a partir da vertente da proibição do déficit ou da insuficiência. Objetiva assim, a partir de uma análise de proporcionalidade adequada às omissões normativas parciais ou totais, verificar a melhor maneira de implementação do direito, sem se restringir a visões antagônicas entre o mínimo essencial do direito e a uma garantia ampla (e por vezes inexecutável) de direitos sociais.

Neste ponto, destaca-se a utilização indiscriminada das terminologias mais comumente adotadas em Portugal (proibição do déficit ou do defeito) e no Brasil (proibição insuficiente ou da insuficiência), que serão utilizadas como sinônimos, a fim de uma mais ampla compreensão do princípio adotado, derivado da *Untermäßverbot* alemã.

Segue-se, assim, no terceiro capítulo à aplicação prática do preceito da proibição do déficit ou da insuficiência, a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial de sua utilização. Neste ponto, o presente estudo se debruça mais detidamente nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sendo certo que a crescente doutrina portuguesa com respaldo jurisprudencial do Tribunal Constitucional tem demonstrado a possibilidade de aplicação dos preceitos da proibição do déficit na concretização de direitos fundamentais sociais, ainda carentes de efetiva utilização pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ao apontar pontos comuns e divergentes nos referidos sistemas, bem assim ante as similitudes de suas fontes doutrinárias, colocadas em prática, contudo, em situações econômicas tão diversas, busca-se analisar os benefícios e dificuldades da implementação do princípio da proibição do déficit como metódica de otimização dos direitos sociais.

A partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial extensa, e mediante a utilização do método dedutivo intenta-se, pois, demonstrar o contributo da proibição da insuficiência na concretização de políticas públicas de direitos sociais.

Utilizam-se como fontes normativas principais as Constituições de ambos os países, interpretadas a partir de fontes doutrinárias comuns, cuja aplicação evidenciará a atualidade e universalidade da temática dos direitos sociais. Tais discussões se mostram sobremaneira relevantes a partir da escassez vivenciada nas últimas décadas nos países europeus, suscitando maiores discussões sobre o papel do Estado social em tempos de crise econômica. E neste particular, mostra-se bastante pertinente a diferente perspectiva vivenciada pelos países latino americanos, em que parte destes direitos fundamentais sociais sequer foram concretizados.

Neste último ponto, destaca-se a atuação da proporcionalidade no Direito da crise, quando da análise da restrição de direitos sociais ou de implementação de prestações sociais, bem assim na análise de argumentos preponderantes na defesa de limitações, tal qual a reserva do financeiramente possível. Ao analisarmos em que medida a proteção do Estado a direitos sociais deve ser assegurada, verifica-se a pertinência de avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade dos meios adotados.

O trabalho não olvida, por conseguinte, que as discussões atinentes aos direitos sociais envolvem questões multidisciplinares, que inevitavelmente influenciam e embasam questionamentos de ordem jurídico-constitucional. Neste ponto, ingressa na discussão sobre os limites de interferência do judiciário, a partir de uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A partir dessas considerações, apresenta conclusões sobre a efetiva utilização da metódica da proibição do déficit ou da insuficiência, bem assim a pertinência da aplicação do princípio da proibição do déficit como instrumento de aprofundamento da discussão acerca das medidas para implementação de políticas públicas sociais, ultrapassando as discussões iniciais acerca de validade, subjetividade e judiciabilidade destes direitos, a fim de adequá-los às realidades sociais, intentando identificar formas exequíveis de concretizá-los da forma mais ampla possível.

CAPÍTULO I. PRINCIPAIS ASPETOS DOUTRINÁRIOS PERTINENTES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1. Direitos sociais como direitos fundamentais

Intrinsecamente relacionados com a evolução histórico-política da sociedade, o estabelecimento de direitos de cunho social decorre de uma mudança paradigmática na

postura do Estado de Direito, em detrimento de uma doutrina liberal que culminou em grandes guerras e nas crises económicas dos anos 1920.

Concomitante à ideia do *welfare State*¹, surgem previsões de direitos fundamentais inerentes a uma regulação da vida coletiva, por meio de uma vertente social e não mais individualista, a partir de uma maior ingerência do Estado nas relações entre os indivíduos, elevando-se a dignidade da pessoa humana e o Estado Social à condição de preceitos fundamentais.²

Salienta-se, contudo, que, num primeiro momento, a constitucionalização dos direitos sociais não possuía um carácter vinculante, servindo, em verdade, como metas a serem atingidas pelos Estados. Evoluindo-se, mais adiante, para a sua utilização como preceitos fundamentais de solidariedade direcionados aos cidadãos, sem grandes efeitos jurídicos, somente na atualidade, e com o crescimento do Estado Social de Direito, vivenciado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988³, e em Portugal, a partir da Constituição da República Portuguesa de 1976, é que se depreende o seu viés de direito subjetivo, ensejando a sua judiciabilidade pelo cidadão.

Os direitos sociais não são, portanto, antagônicos aos direitos e liberdades individuais, mas surgem, em verdade, a partir da ideia de necessária ampliação daqueles direitos a outras parcelas da sociedade, ou, nas palavras de Sarlet, “uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na

¹ Neste sentido, importante distinção trazida por Botelho ao distinguir os conceitos de *welfare State* e *social State*, associando o primeiro a considerações histórico-políticas (tais quais o *New Deal* americano e estado-providência europeu pós-guerra), enquanto “o Estado Social é um conceito de índole normativa, que constitucionaliza as obrigações do Estado em causa em matéria de política social e económica, criando, assim, um *integrated welfare State*.” In BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?* Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I/II, pp. 259-294, 2015, p.264.

² Sobre a relação dos direitos fundamentais na formação e evolução do Estado remete-se à doutrina de MIRANDA, Jorge In *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

³ PIOVESAN, Flávia (*In Justiciabilidade dos direitos sociais e económicos: desafios e perspectivas*. In CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book. 87-119. Pp.88-95) destaca que Constituição Federal de 1988 celebra “a reinvenção do marco jurídico-normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais e económicos.”

condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais”⁴.

Ou, consoante leciona Tavares⁵, os direitos sociais "visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. (...) Enquanto no individualismo, que se fortaleceu na superação da monarquia absolutista, o Estado era considerado o inimigo contra o qual se deveria proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social o Estado se converteu em amigo, obrigado que estava, a partir de então, a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade."

É a partir desse novo viés que são substancializados os direitos sociais, inicialmente classificados pela doutrina evolucionista como direitos humanos de segunda geração, aprofundados nas teorias socioeconômicas na ideia de proteção e promoção de bem-estar dos cidadãos pelo Estado⁶.

Mas, ainda que originados de um movimento aparentemente antagônico ao individualismo liberal, seu enraizamento no Estado Democrático de Direito fundou as bases necessárias para a sua consolidação na teoria do Estado, posteriormente dissociados do seu viés político-ideológico⁷.

Neste sentido, é que a sua consolidação como norma fundamental tem pertinência quanto ao seu caráter essencial, a fim de que reste dissociado da doutrina política preponderante em determinado período do tempo, de modo que não seja minimizado em razão do viés político adotado pelo Governo.

Nas palavras de Novais, “ser um direito fundamental significa, em Estado constitucional de direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <https://direitopublico.com.br/>, p. 18.

⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. p.746.

⁶ Sobre o tema da evolução do papel do Estado na garantia de direitos fundamentais veja-se ATRIA, Fernando. *¿Existen derechos sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), pp. 15-59.

⁷ Neste particular, é importante notar as ressalvas trazidas por Novais no sentido de não se transpor simplesmente a evolução política dos direitos fundamentais para o campo jurídico, na medida em que se verificam direitos sociais em Estados liberais e direitos e garantias individuais no Estado social. In NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2ª edição revista e reformulada. AAFDL, Lisboa: 2021. pp. 21-82.

bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional a intervenção dos poderes públicos.”⁸

Isto porque a Constituição, como leciona Botelho, tem uma pretensão de permanência e consagra uma proposta para o futuro, de forma que, dependendo da perspectiva, manifesta-se como uma regra de conduta para o Estado ou uma garantia para os cidadãos⁹.

Também, nas palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, por ocasião do julgamento da ADI 3239/DF¹⁰:

“Eu penso que a principal característica de um direito fundamental é o de que ele não depende das maiorias. Um direito fundamental não depende de ser positivado e, muito menos, positivado em lei. E, se estiver na Constituição, no caso brasileiro, pelo artigo 5º, § 1º, ele tem aplicação direta e imediata. Vale dizer: o legislador não pode, por omissão, frustrar o exercício de um direito fundamental. Esse entendimento está consagrado textualmente pela Constituição, pela boa doutrina em toda parte do mundo e por este Supremo Tribunal Federal. (...) Portanto, para ficarem claras as posições divergentes, direito fundamental é direito que não depende da vontade do legislador; é direito que não depende da vontade da maioria; basta que esteja na Constituição. E, em certos casos, mesmo que não esteja na Constituição, o direito fundamental existirá.”

Desta forma, verifica-se a relevância do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, na medida em que garante que a sua implementação seja defendida como política de Estado, e não de Governo, insuscetível de minoração por opção política, de extrema relevância em tempos de polarização política, precipuamente nas democracias recentes, como é o caso do Brasil e demais países da América Latina.

Novais, contudo, alerta que “[e]m qualquer caso, e independentemente da perspectiva sob que são considerados, há um elemento político inelutável na controvérsia sobre os direitos sociais: invariavelmente, no centro das discussões que os envolvem está sempre o problema das funções do Estado, das políticas públicas e da posição que o Estado deve assumir face à respectiva realização.”¹¹

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., p. 301.

⁹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit., p. 262.

¹⁰ ADI 3239, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Redator(a) do acórdão: Min. ROSA WEBER, Julgamento: 08/02/2018, Publicação: 01/02/2019. Inteiro teor disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>.

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., p. 27.

Isto porque, passada a época de ouro dos direitos sociais na Europa, o que se vivencia no século XXI, no atual período de austeridade, é uma crise do “Estado-providência”, cuja impossibilidade económica de adimplir os direitos sociais enseja questionamentos justamente sobre a sua juridicidade e imperatividade¹².

Trevisan pontua a visão de Alexy¹³ no sentido de que, “[o] cumprimento dos postulados do estado de direito social causa poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família estejam dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição.”

Desta feita, importante o seu fundamento jurídico diante das recentes discussões a respeito dos direitos sociais em tempos de austeridade, pertinentes especialmente ao seu reconhecimento como garantia fundamental, na medida em que fundamentam a sua manutenção e árdua defesa nos tempos de crise do Estado.

Sarlet destaca que “cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade”¹⁴.

Gomes¹⁵ defende, nessa esfera, uma evolução do Estado Social, não mais calcado no intervencionismo exacerbado antes visto no Estado-providência, mas tampouco que retroceda aos patamares mínimos do Estado liberal.

Cumprido concluir que, em que pese estejam previstos no ordenamento jurídico brasileiro e português como normas constitucionais, sem que a princípio ensejem discussões doutrinárias e jurisprudências acerca da sua força normativa, o reconhecimento de sua natureza fundamental reflete diretamente na concretização desses

¹² Para maior aprofundamento sobre o tema, BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*. Almedina, 2017.

¹³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60-61, *apud* TREVISAN, Leonardo Simchen. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy*. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS, 10(1), 2015. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.54583>.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais...* cit., p. 9.

¹⁵ GOMES, Carla Amado. *Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, RFDUP, 7, 2010, pp.19-34, p. 24.

direitos, a partir de influências trazidas pelos precedentes internacionais e aplicação de princípios fundamentais para resguardá-los.

Destarte, ainda que formalmente reconhecidos, é necessário que seja firmado o papel normativo fundamental dos direitos sociais, sendo certo que apenas a partir de uma base sólida de fundamentação e inclusão no rol de direitos fundamentais com base numa argumentação jurídica, é que se possibilita a sua consolidação como efetiva garantia constitucional.

1.2. Os direitos sociais como regras e princípios

Na consolidação dos direitos sociais como direitos fundamentais, o caminho para sua densificação e efetiva implementação perpassa necessariamente pela sua caracterização como regras ou princípios, em referência direta à dicotomia trazida para o campo dos direitos fundamentais por Alexy, ao aduzir que “*There are two main constructions of constitutional rights: one is narrow and strict, a second is broad and comprehensive. The first of these can be called the rule construction, the second, the principle construction.*”¹⁶

Tal distinção se faz imprescindível na aplicação dos direitos fundamentais, ao ampliar a margem de interpretação e força e direcionamento de sua implementação.

A categorização da norma como regra restringe a flexibilização de sua aplicação, ensejando um comando definitivo, uma fórmula imperativa, enquanto os princípios possuem uma implementação mais maleável, conquanto “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*”¹⁷.

Em outras palavras, a ideia de regra nos remete ao modelo de norma jurídica de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito¹⁸, como fórmula imperativa hipotética, enquanto os princípios, conforme descrito por Canas, são caracterizados por “estabelecerem uma

¹⁶ ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, *Ratio Juris*. Vol. 16 No. 2 June 2003 (131–40), p. 131.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

¹⁸ Para melhor compreensão das lições de Hans Kelsen, reporto-me à FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981*. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 3, n. 04, p. 133–138, 1982. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17161>.

razão ou fundamento que fornece um argumento numa certa direção - um *starting point*, mas não tornam inexorável uma particular decisão”¹⁹.

Este caráter principiológico se dirige especialmente às normas pertinentes à aplicação dos direitos fundamentais, reputando-lhes, pela maioria da doutrina, um caráter de mandado de otimização “que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”²⁰.

Na temática dos direitos sociais, o reconhecimento de comandos constitucionais definidos como regras jurídicas ou princípios não se restringe à sua aplicação às hipóteses – bastante frequentes – de colisão de normas. Quando se refere a direitos sociais, o reconhecimento da natureza de regra de comandos constitucionais influi no reconhecimento dos direitos como garantias subjetivas e sua respetiva justiciabilidade pelo particular. Também assim, vinculam em maior ou menor escala o legislador ordinário, com especial pertinência para as discussões a respeito das limitações e retrocessos de direito causadas pelas crises e mudanças políticas.

Destarte, dos textos constitucionais se depreende a existência de normas de cunho principiológico atinente aos direitos sociais, assim como regras explícitas, ainda que de cariz mais abstrato e penderes de regulamentação.

A par dessas ideias, verifica-se o conteúdo dos artigos 1º, 2º, 12º e 13º, e do n. 1, dos artigos 63º, 64º e 65º da Constituição da República Portuguesa (CRP)²¹, de cariz eminentemente principiológico, em oposição, por exemplo, à regra contida na alínea a), ns. 2 e 3, do artigo 64º, quanto à previsão de um serviço nacional de saúde universal e geral e a determinação de ações ao Estado para assegurar o direito à saúde, que, ainda que pendente de regulamentação pela legislação ordinária, possui regras claras de implementação.

¹⁹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e otimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Volume III. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Agosto de 2012, pp. 811-893, p. 824

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais...* cit., p. 29. O autor destaca que esse entendimento é sustentado em Portugal por Gomes Canotilho, no Brasil por Flávia Piovesan e na Alemanha, de Konrad Hesse, (in: EuGRZ 1978, p. 433), “para quem o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental embase tanto o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram à disposição dos órgãos estatais, quanto impõe a estes a obrigação positiva de fazer tudo o que for necessário à realização dos direitos fundamentais.

²¹ Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

No mesmo sentido, da Constituição Federal do Brasil (CFB)²² depreende-se o cariz principiológico das normas contidas nos artigos 1º, 3º e 4º, princípios gerais que fundamentam o ordenamento jurídico nacional; enquanto se verificam como regras os comandos normativos do artigo 7º, atinentes aos direitos sociais, ainda que também sejam penderes de regulamentação.

1.3. A natureza precipuamente positiva dos direitos sociais

Na temática de classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais, e sua efetiva implementação, resulta imprescindível a análise do seu conteúdo prescritivo, à medida que as maiores críticas ao reconhecimento da subjetividade e judiciabilidade que recaem sobre os direitos sociais, fundamentam-se nas dificuldades em razão dos custos gerados ao Estado²³.

O que se verifica, contudo, é que muitos dos argumentos contrários ao reconhecimento constitucional destes direitos²⁴ fundamentam-se numa errónea generalização dos direitos sociais como direitos exclusivamente de prestação, reputando-lhes defeitos que podem ser facilmente replicados aos direitos fundamentais de liberdade.

Neste ponto, Novais²⁵ destaca que as discussões dogmáticas acerca das diferenças entre direitos e liberdades individuais, ou direitos fundamentais de liberdades, e direitos sociais, tem pouco efeito prático na sua efetivação, na medida em que os aspetos concernentes à reserva do politicamente adequado e, mais ainda, da reserva do financeiramente possível, afetam igualmente as ações positivas do Estado independente da sua natureza.

Decerto que à primeira vista, os direitos e garantias de liberdade atribuem um direito ao indivíduo, de forma subjetiva, cuja implementação exige uma posição negativa pelo Estado, e que sua atribuição, por sua vez, resume-se a impedir que o exercício deste direito seja restringido por terceiros. Por outro lado, o papel essencial dos direitos

²² Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

²³ Referindo-se especificamente sobre a rejeição do acolhimento constitucional dos direitos sociais na Alemanha e as críticas decorrentes e exportadas a outros ordenamentos, veja-se NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., pp.75-81.

²⁴ Nas palavras de Sampaio, “para muitos, os direitos sociais não seriam propriamente fundamentais, mas uma espécie de «retórica jurídica», porque sendo essencialmente direitos positivos, dependeriam da boa vontade dos poderes democraticamente eleitos – reina, portanto, uma ideia generalizada de inferioridade dos direitos sociais, o que implicaria a sua inexigibilidade.” In SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 188.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., pp. 95-98.

económicos, sociais e culturais, pauta-se justamente numa prestação positiva pelo Estado, ensejando obrigações de fazer ou de pagar, com evidentes despesas relacionadas.

Este sentido remonta à origem do direito social, já mencionada no item 1.1., como conceitua Sarlet, no sentido de que os direitos sociais se encontram a serviço da efetiva fruição dos direitos fundamentais em geral, tendo passado “a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.”²⁶

Os direitos de liberdade são assim associados a direitos negativos, de defesa, enquanto os direitos sociais são reconhecidos como direitos positivos, de prestação.

Assente na doutrina, contudo, o equívoco verificado nessa generalização²⁷, haja vista que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais possuem um cariz negativo e positivo, exemplificados nas questões de poder de polícia assegurados pelo Estado na garantia de liberdades individuais (direito de prestação), ou ainda nas normas dedicadas ao exercício de direitos sociais de greve ou de exercício de profissão (direito de defesa).

Exemplos não faltam na CRP, tais quais a verificação de direitos fundamentais dos trabalhadores junto aos direitos, liberdades e garantias (artigos 53º a 57º)²⁸ e, na CFB, consoante se depreende dos direitos dos trabalhadores previstos nos artigos 7º a 11º.

Botelho²⁹ destaca que as fronteiras entre direitos de liberdade como direitos de abstenção e direitos sociais como direitos de prestação estão cada vez mais diluídas, sendo certo que todos esses direitos fundamentais possuem igualmente um cariz individual por serem direitos humanos, e um cariz social, ao regularem a vida coletiva. Conclui, assim, pela existência de uma visão de parte da doutrina portuguesa de que a divisão de direitos

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais...* cit., p. 18.

²⁷ Neste sentido, destacamos NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., e BOTELHO, Catarina Santos. *40 Anos de Direitos Sociais: Uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI*. Julgar. ISSN 1646-6853. N.º 29 (2016), pp. 197-216.

²⁸ Interessante quanto a este ponto a opção adotada pelo legislador constituinte português, por ocasião da Revisão de 1982, que ensejou um tratamento diferenciado aos direitos sociais de cunho positivo (prestacional), elencados no Título III, pertinente aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, ao reposicionar os direitos sociais negativos juntamente aos direitos, liberdades e garantias do Título II.

²⁹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit., p. 267.

sociais e direitos de liberdade, como normas de prestação e de defesa, revela uma falsa dicotomia.

E qual a relevância dessa discussão? Ao estabelecer que os direitos sociais se constituem precipuamente por direitos positivos ou de prestação, admite-se uma intervenção maior na elaboração da sua concretização, questionando-se o intuito da norma e as garantias dela derivadas. Os direitos negativos, ao contrário, calcados na obrigação de abstenção dos órgãos estatais, não ensejam tantos questionamentos. Acaba-se, pois, por concluir, que os direitos sociais são passíveis de menor imposição, quando, em realidade, é o próprio conteúdo normativo que merece melhor interpretação.

E a equivocada associação entre direitos sociais e direitos de prestação em oposição aos direitos individuais como direitos de abstenção reitera, por seu turno, o contínuo antagonismo entre os direitos fundamentais individuais de primeira geração e a segunda geração. Essa generalização, ademais, enseja grande rejeição do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, na medida em que a aplicação de regras de restrição da sua efetivação a partir de preceitos, como a reserva do economicamente possível, habilitam a interpretação equivocada de enfraquecimento do seu conteúdo normativo.

Novais esclarece de forma contundente que “independentemente da invocabilidade da reserva do financeiramente possível, há uma diferença estrutural entre direitos negativos e direitos positivos que determina, com inevitabilidade lógica, ou um não justiciabilidade ou, pelo menos, uma justiciabilidade relativamente enfraquecida dos segundos, o que equivaleria, nos termos da objeção que agora consideramos, a concluir por uma não jusfundamentabilidade ou por uma jusfundamentabilidade enfraquecida dos direitos sociais relativamente aos direitos de liberdade.”³⁰

Tal, contudo, não se pode admitir, conquanto a aplicação prática de determinado direito fundamental positivo, seja ele de liberdade ou social, seja restrita quanto ao seu âmbito de aplicação ou quanto ao seu objeto, não retira o seu caráter de norma fundamental, nem enfraquece o conteúdo do direito em si, ainda que a sua efetivação necessite ser ajustada diante de novos interesses e capacidades sociais.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., p. 136.

O tratamento a ambas gerações de direitos, ainda que se defenda estarem no mesmo patamar, é evidentemente diversa, na medida em que se verifica o viés ideológico que permeia essa generalização. Conforme destaca Botelho³¹, não se vislumbra a mesma resistência à concretização de direitos de liberdade individuais quanto estes incorrem em onerosidade estatal. Neste particular, destaca que:

“Em boa verdade, esses direitos fundamentais, quer os direitos, liberdades e garantias, quer os direitos sociais possuem custos financeiros públicos, pelo que não existem “direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla.” Nesta esteira, os custos são transversais, uma vez que todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos têm “implicações orçamentais”, pelo que só em termos comparativos e de grau poderemos colocar esta questão da onerosidade mais evidente dos direitos sociais”.

Ademais, ainda que o objeto a ser prestado esteja passível a limitação, isto não configura enfraquecimento no seu conteúdo normativo, mas apenas uma extenuação de sua justiciabilidade, ou, nas palavras de Novais³², “o facto de existir fundamento ou causa legítima para restringir não encerra a questão jurídica”.

Muito dessa discussão, todavia, dá-se pela visão antagónica perpetuada entre esses direitos, o que, nas palavras de Sarlet³³, não correspondem ao real sentido das normas de direitos sociais, cujo principal papel é a efetivação de direitos e liberdades individuais ao maior número de pessoas. Como reiteradamente dito, os direitos sociais não buscam restringir as liberdades individuais, mas ampliá-las coletivamente.

1.4. O carácter abstrato e pendente de regulamentação das normas de direitos sociais

Finalmente, imperioso destacar a subjetividade e abstração das normas fundamentais pertinentes aos direitos sociais, o que demanda regulamentação específica para assegurar a sua efetividade, bem assim enseja maiores discussões acerca da amplitude de seu alcance.

Novais³⁴ aponta a necessária abstração de normas constitucionais atinentes a direitos fundamentais, na medida em que a ampla gama de situações e conceitos não

³¹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit., p. 269.

³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., p. 133.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais...* cit., p. 19.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., pp.151-195.

permite um regulamento específico dentro do texto constitucional, sem que disso decorra a ausência de densidade e eficácia normativa.

Mesmo nas hipóteses de constituições dirigentes e analíticas, caso das Constituições Portuguesa e Brasileira, é de se perceber a impossibilidade de um aprofundamento da instrumentalização dos direitos fundamentais sociais, cuja regulamentação deve recair necessariamente sobre o legislador ordinário.

Entretanto, ainda que destituída de especificidade, a previsão constitucional já enseja uma vinculação imediata aos destinatários primários da norma, Governo e Legislativo, obrigando-os imediatamente a uma “não-atuação” contrária à previsão normativa e direcionando o conteúdo dos atos subsequentes.

Destaca Botelho³⁵ que o ponto comum de julgados do Tribunal Constitucional português é de que as normas de direitos sociais possuem um certo grau de vinculatividade normativa, de modo que, citando o Acórdão n.º 221/09³⁶, consubstanciam-se em “normas jurídicas vinculantes que impõem positivamente ao legislador a realização de determinadas tarefas através das quais se pode concretizar o exercício desses direitos”.

Todavia, grande problemática associada à implementação de direitos sociais está relacionada à ausência da necessária atuação do legislador ordinário, ou ainda de uma equivocada interpretação da Constituição, com a concretização de direitos em detrimento das normas de direitos sociais carentes de regulamentação.

Existe, pois, uma dificuldade na fixação do conteúdo dos direitos positivos jus fundamentais, por que “(...) há sempre, nos direitos positivos, uma margem significativa de opção política que deve ser deixada aos poderes públicos na escolha das melhores atuações de realização dos direitos fundamentais, de entre as inúmeras alternativas, prioridades e ritmos diferenciados e graduais de realização possível”³⁷.

Não se pode, a partir de uma evidente inconstitucionalidade, admitir a existência de um constitucionalismo simbólico ou de normas de direito fundamental com conteúdo

³⁵ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit., p. 275.

³⁶ Acórdão n.º 221/09, processo n.º 775/08, de 05.05.2009, relator: Cons. Carlos Fernandes Cadilha, ponto 3, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>.

³⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional...* cit., p. 586.

meramente programático³⁸, devendo ser combatido o esvaziamento, por vezes proposital, do conteúdo normativo fundamental.³⁹

Vinculando-se aos temas relacionados à intervenção judicial na efetivação de direitos fundamentais, que veremos de forma mais acurada no capítulo subsequente, encontra-se como raiz do problema justamente essa ausência de densidade normativa⁴⁰. Ou, consoante ressalta Canotilho:

“Para tal, urge, desde logo, uma densificação das normas de direitos fundamentais pela sociedade aberta dos seus intérpretes, de preferência, prévia à sua aplicação pelos tribunais. Ou seja, os direitos precisam de conteúdo, sem o qual o espaço de decisão e determinação por parte do juiz se alarga, em termos potencialmente problemáticos, no que respeita à separação de poderes, numa sociedade democrática.”⁴¹

Ocorre que a especificidade dos direitos sociais depende de diversos fatores externos, em função das possibilidades políticas e materiais do Estado. Nas palavras de Novais⁴², “[p]or isso também, como não é possível dominar com antecedência a quantidade de recursos que o Estado vai dispor em cada momento, a Constituição não pode, em regra, determinar o conteúdo das prestações devidas, isto é, não pode determinar, em princípio, o conteúdo dos direitos sociais”.

³⁸ A respeito do tema refere-se às discussões pertinentes às normas de direito programático e constitucionalismo simbólico trazidas por NEVES, Marcelo. *In Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996, <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>. Destaca-se, ademais, o trabalho de FERRAJOLI, Luigi sobre o tema. *In A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁹ Sobre a força vinculante dos direitos fundamentais e sua justiciabilidade ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, 217 (1999), 67–79. <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>, p.73.

⁴⁰ Sobre o tema citam-se também DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya Gasparetto. (*In Dimensões da constitucionalização das políticas públicas*. Revista De Direito Administrativo, 2016. 237–267. <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66662>. p. 260), ao disporem que “Sem concretude (densidade normativa), a legislação compromete a eficácia da política pública e sua duração, independentemente de considerações momentâneas do grupo majoritário. Na terminologia já exposta, a legislação pouco densa não somente compromete a execução de certa política pública, mas também impede que a moradia seja objeto de uma política de estado (e não de governo). O resultado é o amplo poder discricionário do executivo que pode implementar o programa de auxílio moradia popular nos ritmos e nas formas que considerar adequadas sem orientação e controle do legislativo.”

⁴¹ CANOTILHO, Mariana. *O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional*, O princípio da proporcionalidade - XIII Encontro de Professores de Direito Público, 2021, pp. 11-24, p. 19.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., p. 358.

São, ademais, patentes as mudanças sociais que ocorrem com o tempo, de modo que eventual engessamento das políticas públicas em normas de cunho constitucional não se revela adequado.

Destarte, uma vez reconhecida a imediata aplicação das normas de direitos fundamentais sociais, o que, na CFB se encontra expressamente previsto em seu Artigo 5º, § 1º, dúvidas não há acerca das discussões derivadas da amplitude dos conceitos e garantias decorrentes das normas estabelecidas.

Isto porque as garantias previstas no texto constitucional, especialmente nas hipóteses de direitos positivos, admitem diferentes interpretações quanto ao alcance do seu cumprimento. Neste ponto, as lições trazidas nos tópicos anteriores acerca do caráter eminentemente principiológico dos direitos fundamentais, e a caracterização majoritária como direitos de prestação, mostram-se intrinsecamente relacionadas à eficácia destes direitos.

Vejamos, a título de exemplo, o direito à saúde previsto no n.º 1 do artigo 64º, da CRP, ao dispor que “Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e a promover”, seguindo-se os demais números a indicar as formas de realização e as obrigações prioritárias do Estado, o qual, segundo, Novais possui “um espaço muito amplo de divergência, de subjetividade, em torno daquilo que deva fazer, sobre como e sobre quando deva fazer.”⁴³

Botelho, ao exemplificar as discussões pertinentes justamente à sua amplitude, menciona também os seguintes questionamentos que podem advir do preceito: “(...) qual o objeto e o âmbito de aplicação? Em que medida e com que extensão incumbe ao Estado garanti-lo? Na ausência de uma proteção adequada deste direito, estaremos perante que tipo de incumprimento constitucional?”⁴⁴.

Da mesma sorte, ao analisarmos o direito social ao ensino, previsto ao mesmo tempo ao artigo 74º da CRP e ao *caput* ao Artigo 6º da CFB, conclui-se que diversas políticas públicas, com fundamentos idênticos, podem advir da proteção constitucional à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar. Neste ponto, mostram-se igualmente adequadas a gratuidade de ensino em escolas públicas, a concessão de bolsas

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., p. 139.

⁴⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit., p. 266.

de estudo em escolas privadas, as cotas de acesso ao ensino superior, a facilidade de financiamento estudantil com condições diferenciadas pela renda familiar, dentre tantas outras.

Por seu turno, da ampla interpretação quanto ao alcance das garantias de direitos sociais decorre uma maior dificuldade de efetiva verificação de sua implementação e consequente identificação de seu incumprimento, ensejando, por conseguinte, uma aparente maior intervenção judicial, decorrente desta admitida amplitude interpretativa.

A saber, quando considerar que determinado direito social, previsto subjetivamente na norma fundamental, encontra-se adequadamente adimplido pelo destinatário? Como analisar se determinada garantia se encontra fruída no modo intencionado pelo constituinte?

E, neste ponto, é que a caracterização precípua de direitos sociais como direitos de prestação traz ainda mais questionamentos sobre a plena eficácia e aplicabilidade, ante a infinita possibilidade de formas de execução, em contraposição aos direitos de abstenção, cuja eficácia se determina apenas pela possibilidade de exercício sem a interferência de terceiros. Decerto que esta situação enseja uma falsa força vinculante maior aos direitos de liberdade.

A respeito do tema, dispõe Sarlet⁴⁵:

“A última característica que distingue, em princípio, os direitos sociais a prestações dos direitos de defesa diz com a forma de sua positivação, isto é, com sua estrutura jurídico-normativa. Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático.”

Destarte, nas questões judicializadas a respeito de violações de direitos sociais, a definição do alcance e função social da norma é o primeiro aspeto a ser verificado pelo julgador.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais...cit.*, p. 24.

Neste particular, é que se vislumbra a necessidade de análise dos limites de interferência do legislador, calcando-se na premissa essencial de separação dos poderes, e a observância de um patamar de concretização, a fim de evidenciar eventuais inconstitucionalidades por excesso nas restrições impostas ou, na omissão ou insuficiência de medidas implantadas.

CAPÍTULO II. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ultrapassadas as questões atinentes ao reconhecimento dos direitos sociais como normas fundamentais e, a partir desse conceito, suas características e as discussões delas originadas, cumpre adentrar no que Novais⁴⁶ considera um dos princípios estruturantes de Estado de Direito. Ou seja, um dos preceitos fundamentais a serem observados, pelo Estado e seus representantes, na salvaguarda de direitos, a fim de manutenção da estrutura de Estado de Direito em si⁴⁷.

E, neste sentido, a par da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção de confiança, inclui a proporcionalidade, em suas principais vertentes, sejam estas, a proibição do excesso e a proibição do déficit, dentre os princípios estruturantes do Estado de Direito.

Neste sentido, ao conceituá-los como “parâmetros constitucionais de controlo das acções estaduais restritivas de direitos fundamentais ou das omissões estatais que afectem os bens jusfundamentalmente protegidos, podendo dizer-se que, em grande parte das situações jurídicas complexas, é através da protecção conferida pelos princípios estruturantes que os direitos fundamentais adquirem efectividade em Estado de Direito”⁴⁸, é que se vislumbra a importância de sua aplicação.

Nessa aceção é que se verifica a possível utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação e controlo dos direitos fundamentais, a partir da análise de constitucionalidade de medidas de restrição a determinados direitos,

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022.

⁴⁷ Nas palavras do autor, “não há Estado de direito se os poderes públicos não estiverem juridicamente limitados e vinculados pela necessidade de sua observância”. , de modo que, na observância da constitucionalidade das ações e omissões estatais, estes preceitos devem ser observados, sendo certo que “a necessidade de observância dos comandos normativos que se deduzem dos princípios estruturantes constitui um limite permanente à actuação ou à omissão dos poderes públicos em Estado de Direito, no sentido de que, qualquer que seja o domínio em causa ou a natureza do acto dos poderes públicos, haverá inconstitucionalidade sempre que os princípios estruturantes do Estado de Direito forem violados.” *In* NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...cit.*, pp. 16 e 21.

⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes... cit.*, p. 20.

mediante a aplicação dos seus subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Não se olvida que estes princípios, apesar de autonomamente constituírem garantias fundamentais, em regra são aplicados em concomitância, a fim de limitar e direccionar a atuação estatal, o que será verificado em concreto a seguir a partir da análise da jurisprudência.

2.1. A proporcionalidade na colisão e na restrição de direitos fundamentais

As principais discussões decorrentes da efetivação de direitos fundamentais resultam nas situações de colisões entre direitos e a necessária restrição de determinado direito em detrimento de outro direito fundamental de igual grandeza.

Neste sentido, cumpre rememorar o conceito trazido pela CRP, em seu artigo 18º, n.ºs. 2 e 3⁴⁹, a respeito das restrições legítimas a direitos fundamentais, ao dispor que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”, determinando-se, assim, que as leis restritivas “têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Neste ponto, o princípio da proporcionalidade constitui, na atualidade, o principal instrumento de resolução de conflitos entre normas fundamentais. É, pois, na aplicação da proporcionalidade que o destinatário da norma encontra soluções às colisões normativas, avaliando-se os limites de restrição a incidir sobre determinado direito na concretização de uma outra garantia fundamental.

Neste sentido, admitem-se as restrições a direitos fundamentais sempre que o Estado se veja compelido a realizá-las, desde que observado “o princípio da proibição do excesso, uma vez que, orientando, em última análise, o desempenho das suas funções pelo respeito da dignidade humana, não poderia afectar gratuita ou excessivamente as pessoas tratá-las desvantajosamente de forma desproporcionada ou impor-lhe sacrifícios desnecessários ou desrazoáveis.”⁵⁰

⁴⁹ Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...* cit., pp.14-15.

Novais sustenta que “este princípio é hoje uma referência fundamental no controlo da actuação dos poderes públicos”⁵¹, destacando que no âmbito dos direitos fundamentais trata-se do principal instrumento para controlo da atuação restritiva.

Contiades e Fotiadou confirmam esse posicionamento, ao destacar que “*Proportionality has developed globally into the fundamental method for reviewing rights’ infringements, triggering a debate concerning its merits and disadvantages.(...) The application of proportionality in the area of social rights is a less discussed issue, yet of vital importance to both debates*”⁵².

As questões complexas submetidas ao crivo dos tribunais constitucionais em regra se referem a alegações de violação de direitos pelo Estado ou por particulares, ensejando um juízo de ponderação acerca dos limites a essas restrições. As restrições a direitos fundamentais constituem-se, pois, em exceções às condições ideais da norma, que de partida buscava uma concretização plena.

Ramos⁵³ destaca que “o princípio da proporcionalidade consiste na aferição da idoneidade, necessidade e equilíbrio da intervenção estatal em determinado direito fundamental”, ressaltando que “originalmente, a proporcionalidade foi utilizada para combater os excessos das restrições a direitos, impostos por leis e atos administrativos. Por isso, era um instrumento de fiscalização da ação excessivamente limitadora dos atos estatais em face dos direitos fundamentais, sendo considerado o “limite dos limites” e também denominado “proibição do excesso””.

A ideia da proibição de excesso estaria então pautada na observância das intervenções restritivas do Estado na esfera particular do cidadão, observando-se a adequação da medida imposta para os fins almejados, a necessidade dos meios utilizados como alternativa e a ponderação entre os benefícios obtidos e sacrifícios impostos aos particulares.

Salienta-se, contudo, que apesar de ser o mais conhecido viés do princípio da proporcionalidade⁵⁴, a proibição de excesso constitui apenas um de seus pilares, também

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...* cit., p. 39.

⁵² CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkmene. *Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation*, International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, July, 2012, pp. 660–686, <https://doi.org/10.1093/icon/mor080>, p. 661.

⁵³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. p. 332.

⁵⁴ Neste sentido, RAMOS, André de Carvalho. *Curso...* cit.

composto por outros instrumentos de harmonização, tais quais a proporcionalidade retributiva, a proporcionalidade equitativa (relativo aos princípios da equidade e isonomia) e a proibição da insuficiência ou do défice⁵⁵, esta última a ser estudada com mais afinco no título seguinte.

Inicialmente restrita às hipóteses de colisões entre direitos de mesma grandeza, é na efetivação de prestações positivas de direitos sociais que ensejem restrições a liberdades individuais que a proibição do excesso encontra grande valia na democratização de direitos.

Isto porque, o exercício de prestações positivas em prol da sociedade que ensejem limitações aos direitos individuais não podem ser livremente aplicadas. Desta feita, passa-se a aplicar a proibição do excesso como limite da atuação estatal na concretização do direito social, balanceando-se os meios, fins e custo-benefício entre os ganhos sociais e prejuízos individuais.

A título de exemplo, destaca-se o acórdão proferido pelo STF em Medida Cautelar na ADI 2213MC⁵⁶, que se refere à análise de constitucionalidade de norma que previa a restrição das hipóteses de desapropriação de terra para fins de reforma agrária em casos de invasão da propriedade por movimentos sociais. Na hipótese, a Corte se utilizou de um duplo juízo de proporcionalidade, analisando inicialmente a restrição do direito individual de propriedade a partir do conceito de função social da terra e, mais adiante, a possibilidade de restrição das hipóteses de desapropriação para fins de reforma agrária em situação de invasão da propriedade por movimentos sociais.

Vislumbra-se, na hipótese, a ponderação entre direitos fundamentais individuais e sociais, expressamente utilizado no julgamento do mérito da ADI 2213⁵⁷, com a fundamentação expressa no acórdão de que “O princípio da proporcionalidade visa inibir e neutralizar o abuso do poder público no exercício das funções que lhe são inerentes. No

⁵⁵ A respeito da relação do princípio da proibição do excesso com esses demais instrumentos de harmonização indica-se CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*. Universidade de Lisboa, 2016.

⁵⁶ ADI 2213 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04-04-2002, DJ 23-04-2004, Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>.

⁵⁷ ADI 2213, Relator(a): NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 19-12-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n, DIVULG 29-02-2024, PUBLIC 01-03-2024. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>.

caso sob exame, não se observa excesso, arbitrariedade ou irrazoabilidade na edição da medida provisória questionada.”

Desta forma, verifica-se que as ações de todas as esferas de poder, sejam uma norma, um ato ou uma decisão judicial, devem ser analisadas proporcionalmente quanto aos prejuízos que possam ensejar na esfera particular.

E em que pese a ideia de que a proporcionalidade busca a melhor solução possível para determinado problema, é apenas na esfera dos excessos em que reside a inconstitucionalidade a ser reconhecida pelo julgador, haja vista incumbir ao legislador esse juízo de valor quanto à efetiva forma de implementação dos direitos em cumprimento à norma, dentro de sua margem de conformação.

Consoante relembra Novais “esse controlo não tem a ver com optimização, mas com filtragem tendente a evitar o excesso, a eliminar medidas restritivas inaptas, desnecessárias, desproporcionadas. O que se exige de um controlo de proporcionalidade não é que descubra o resultado otimizado ou maximizado, mas sim que ajude a identificar o inadmissível.”⁵⁸

2.2. Os subprincípios da proporcionalidade

A análise da proporcionalidade é comumente realizada a partir do método o tripartido⁵⁹, dividindo-se na ponderação entre os três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Leão⁶⁰ destaca que alguns autores inserem análises a respeito da legitimidade do fim como uma das etapas de avaliação da proporcionalidade, o que, todavia, não prevalece na doutrina majoritária, que admite a

⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...* cit., p.131.

⁵⁹ Leão nos ensina, neste ponto, que “Pedro Machete e Teresa Violante constataam que o Tribunal Constitucional seguiu desde cedo o esquema dos três testes em que se convencionou desdobrar a análise da relação entre meios e fins para efeitos de proporcionalidade, ainda que pressupondo a legitimidade constitucional desses fins e meios, dando como exemplo disso mesmo o Acórdão n.º 173/200940, no qual o Tribunal Constitucional, citando Jorge Reis Novais, considerou que “a «legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição », bem como a «legitimidade dos meios utilizados» constituem um «pressuposto lógico» da sua idoneidade”. In LEÃO, Anabela Costa. *O princípio da proporcionalidade e os seus críticos*. O Princípio da proporcionalidade, XIII Encontro de Professores de Direito Público. BOTELHO, Catarina Santos et al. (organiz). Coimbra, 127 -159, set.2021.DOI: www.doi.org/10.47907/clq2021_2a7.. p. 137.

⁶⁰ LEÃO, Anabela Costa. *O princípio...* cit., p. 127. A esse respeito, destacam-se os exemplos trazidos por Leão de inclusão de uma avaliação prévia do fim e, porventura dos meios, na análise de proporcionalidade, ao aduzir que “para Bernhard Schlink, Proportionality, p. 722 ss., a análise da proporcionalidade desdobra-se em cinco passos: determinação dos meios categoricamente proibidos, legitimidade do fim, adequação, necessidade e balanceamento. Já Kai Möller, Proportionality, p. 711 ss., propõe um desdobramento em quatro testes: objetivo legítimo, adequação, necessidade e balanceamento.”.

verificação da legitimidade do fim como antecedente à análise de proporcionalidade. Ou seja, se determinado ato é contrário à norma, sequer passará à verificação de sua proporcionalidade, sendo descartado de pronto.

A adequação diz respeito à possibilidade de determinado ato atingir à finalidade a que se propõe. Ao observar a adequação de determinada medida restritiva de direitos fundamentais, busca-se verificar se aquela restrição conseguirá atingir a finalidade proposta, ou seja, a garantia de outro direito fundamental que se coloca em conflito. Desta feita, caso se entenda que a restrição proposta em nada venha a contribuir ao atingimento do fim pretendido, tem-se por inadequada a limitação.

Em seu segundo aspeto, avalia-se a necessidade de determinada restrição, consistente na atribuição menos onerosa aos direitos a serem restringidos, impondo menos sacrifício possível. Assim, a medida será considerada necessária, quando os sacrifícios infligidos sejam os menores possíveis ao atingimento do fim previsto.

Finalmente, no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, esta se revela na relação custo-benefício de determinada medida, quer dizer, uma ponderação entre custos e benefícios da ação estatal, avaliando-se se os ganhos alcançados justificam as perdas. Nas palavras de Canas⁶¹:

“(...) a proporcionalidade em sentido estrito, enquanto comando de ponderação, é o veículo da relativização das possibilidades jurídicas e de realização da ponderação do peso relativo dos vários princípios em colisão e das condições de precedência, e tal como decorre da lei de colisão. A proporcionalidade em sentido estrito expressa-se através de uma lei de ponderação com o seguinte teor, quanto mais alto seja o grau de incumprimento ou de sacrifício de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”

Este último aspeto tem-se revelado o de mais difícil avaliação nos casos complexos de conflitos entre direitos fundamentais, especialmente nas situações atinentes a restrições a direitos e liberdades individuais. Isto porque, os aspetos pertinentes à adequação e necessidade podem ser facilmente combatidos com alternativas (ou a falta delas) na verificação da proporcionalidade da medida, ao passo que, a comparação entre

⁶¹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *A proibição do excesso...cit.*, p. 832.

grandezas na observação da proporcionalidade em sentido estrito, perpassa pela subjetividade e ponderação entre direitos fundamentais de igual peso⁶².

E isto tem grande relevância quando da ponderação entre direitos sociais e direitos e liberdades individuais, na medida em que se mostra ainda mais difícil a avaliação entre os interesses e benefícios sociais em detrimento de liberdades individuais.

2.3. Proibição do déficit ou da insuficiência

A análise do princípio da proporcionalidade na efetivação dos direitos sociais em razão de omissão ou insuficiência normativa, entretanto, difere do método utilizado na aferição de restrições a direitos e liberdade individuais. A aplicação dos subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enseja a comparação entre alternativas de mesma grandeza, comparando sacrifícios e benefícios obtidos, vantagens e desvantagens da atuação estatal em análise⁶³.

Neste particular, ao rememorar o que foi dito no primeiro capítulo (item 1.4), observam-se as palavras de Novais⁶⁴ no sentido de que “a incerteza acerca daquilo que estão os poderes públicos constitucionalmente obrigados a fazer para proporcionar o acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos, designadamente na área dos chamados direitos sociais, onde sem ajuda estatal o acesso individual a bens essenciais pode resultar significativamente frustrado, convoca um tipo de controlo diverso do controlo de proibição do excesso ou de proporcionalidade.”

⁶² Neste sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...* cit., pp. 122-127. O autor aduz, ademais, que com a proporcionalidade em sentido estrito “entramos na zona de maior complexidade e dificuldade dentro do controlo da proibição do excesso” e salienta, mais adiante, que passada análise de aptidão e indispensabilidade, “ao dispor de poderes constituídos (...) há que se apurar, agora, quais as margens reativas que dispõem, de um lado, o poder constituído autor da restrição, e, do outro, o poder jurisdicional de controlo.”

⁶³ Neste particular, destaca-se a doutrina de NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...* cit., pp. 174-175.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...* cit., p. 174.

Desta forma, verifica-se que a aplicação do método de proporcionalidade descrito no tópico anterior não pode ser transposta integralmente quando verificadas omissões⁶⁵ ou atuações deficientes na implementação de prestações sociais positivas⁶⁶.

Neste sentido, além da necessária ponderação de questões atinentes ao conteúdo mínimo inviolável de um direito fundamental e às capacidades materiais do Estado, a análise de proporcionalidade não se baseia na comparação entre diversas ações estatais, mas dentre diversas formas de concretização possíveis dentro da margem de apreciação do Estado executor em contrapartida à omissão verificada ou à sua satisfação insuficiente.

Chega-se, assim, ao viés de proporcionalidade mais adequado à análise da prestação de obrigações positivas de direitos sociais pelo Estado, consistente no princípio da proibição da insuficiência ou do déficit⁶⁷, adequado à apuração de violação ante a omissão ou insuficiência de promoção ou proteção de um direito constitucionalmente garantido.

Ainda que viável a sua utilização para promoção de todos os direitos fundamentais⁶⁸, para os fins propostos no presente trabalho, cumpre reforçar a utilidade deste preceito na efetivação de políticas públicas em direitos sociais, comumente associados às obrigações de prestações pelo Estado, ensejando constantes submissões judiciais de violações por omissão na concretização destes direitos.

Neste particular, conforme comumente lembrado por Sampaio⁶⁹, a proibição da insuficiência somente tem lugar em face das obrigações de prestação decorrentes das normas jurídico-constitucionais – ou ainda em normas fundamentais de outra espécie

⁶⁵ Necessária se faz a distinção entre omissões totais e parciais que podem ser identificadas no ordenamento. A prestação insuficiente, por seu turno, pode ser observada ainda que não verificada a omissão, justamente a partir da análise de inadequação do instrumento eleito pelo legislador na satisfação de determinado direito fundamental.

⁶⁶ Sobre esta questão, BERNAL, Carlos. *In Os direitos sociais em proporção*. RBDC, n. 23, p. 73/87, 2015, analisa as dificuldades de aplicação de um modelo de proporcionalidade aos direitos sociais positivos, sugerindo exatamente uma modificação na estrutura tradicional mais adequada às suas singularidades.

⁶⁷ A nomenclatura variável derivada da *Untermäßverbot* germânica, recebeu tradução no Brasil como proibição da insuficiência, nos moldes observados na jurisprudência dos tribunais superiores, enquanto no direito português, com maior discussão doutrinária a respeito, traduz de forma mais ampla o princípio como proibição da insuficiência, do déficit ou da proteção deficiente. Utiliza-se, assim, de forma indistinta a terminologia, para maior compreensão de que se refere em ambos os países.

⁶⁸ Neste particular destaca-se o seu contributo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil em matérias de direito de família e sucessões, bem assim em direito penal, tais quais nas hipóteses, respectivamente, do Recurso Extraordinário 646721/RS (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>) e no Recurso Extraordinário 418376/MS (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92574/false>).

⁶⁹ SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo...cit.*, p.580.

naqueles ordenamentos em que não previstos constitucionalmente -, na medida em que a ativação do princípio requer, necessariamente, que a norma preveja uma obrigação aos poderes públicos.

Volta-se mais uma vez à discussão atinente aos direitos subjetivos oriundos dos direitos sociais, ou daqueles previstos em normas infraconstitucionais derivadas, ensejando discussões acerca do papel dos tribunais no julgamento da ausência de medidas que implementem estes direitos ou o façam de maneira insuficiente.

Partindo-se da premissa de que o Estado tem o dever de concretização dos direitos sociais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão⁷⁰, e que, efetivamente, deseja e detém interesse em fazê-lo, não se olvidam as lições de Novais⁷¹ quanto à existência de uma escassez moderada inerente às possibilidades de atuação do Estado.

A análise de constitucionalidade da atuação do Estado decorre, pois, da verificação do quanto de satisfação da norma e das possibilidades de restrição (notadamente nas hipóteses de colisão de direitos e interesses), ensejando, por conseguinte, uma discussão acerca do alcance do controle jurisdicional. Essa discussão adentra, por sua vez, na própria estrutura do Estado de Direito, incidindo sobre os preceitos fundamentais de separação de poderes, enfatizando quem teria a última palavra na efetivação dos direitos.

Limitando-se o âmbito de discussão às normas de direitos sociais que se referem essencialmente a princípios⁷², seguem-se discussões a respeito da margem de apreciação do legislador democrático quanto à profundidade do direito garantido, questionando-se os limites máximos e mínimos de apreciação da norma posta.

A CRP, em seu artigo 283º, prevê expressamente a inconstitucionalidade por omissão, ao dispor que “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal

⁷⁰ Trataremos mais adiante das situações em que concretizados esses direitos também incumbe ao Estado o dever de abstenção quanto à sua restrição ou revogação, em observância ao princípio da violação ao retrocesso. Sobre o tema, indicam-se as relevantes contribuições de BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., pp. 93 e 356.

⁷² Retorna-se no ponto à classificação trazida no tópico 1.1, que deduz a existências de normas-regra e normas-princípio na seara constitucional de direitos sociais, sendo certo, contudo, que é neste último que encontra maior amplitude de discussão dos seus limites de implementação.

Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.⁷³ 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

No mesmo sentido, a CFB, em seu artigo 103º, ao dispor sobre os legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade - remédios constitucionais de controle concentrado abstrato -, prevê, em seu parágrafo segundo, que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Entretanto, consoante destaca Canas⁷⁴, estas previsões não encontram correspondência na maioria dos ordenamentos jurídicos, pautando-se a obrigação a partir de uma teoria dos deveres de ação do Estado, de modo que em alguns ordenamentos esta previsão se revela despicienda à judicialização destes direitos.

Ademais, conforme pontua Sampaio, a aplicação do princípio da insuficiência, para além da declaração de inércia da atuação estatal para garantir um direito fundamental, importa na verificação de um espaço de subjetividade em que admitida a concretização normativa, ou mais além, enseja uma análise com fins de “permitir ao Tribunal a possibilidade de impor uma actuação ao Estado, ainda que a escolha sobre o ‘como’ se mantenha nas suas mãos; e, por outro lado, em casos excepcionais, como naqueles em que é a própria Constituição a resolver o problema consagrando uma norma precisa, permitir que o Tribunal possa impor uma actuação concreta aos poderes estatais, até porque não resta outra.”⁷⁵

⁷³ Importante referenciar que o remédio constitucional em questão se restringe às hipóteses de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, considerando-se, outrossim, a previsão do n.º 1, do artigo 18º, de que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Destarte, sendo certo que nem todas as normas de direitos, liberdades e garantias são exequíveis por si mesmas (v. por ex. o artigo 35º da CRP), o remédio constitucional tem valia para esta hipótese de omissão por ato legislativo. Sobre formas de inconstitucionalidade por omissão referenciam-se, ademais, as lições de MIRANDA, Jorge, *In A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*. Revista Direito e Liberdade – ESMARN - v. 14, n. 1, p. 09 – 38 – jan/jun 2012. https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/51903/fiscalizacao_inconstitucionalidade_por_miranda.pdf, pp. 9-11.

⁷⁴ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso...* cit., p. 1001.

⁷⁵ SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo...* cit., p. 584.

Decerto que a ideia de controle concentrado de constitucionalidade por omissão, para as hipóteses de ausência de regulamentação pelo legislador de normas constitucionais de eficácia limitada ou não exequíveis por si mesmas, não restringe a aplicabilidade do preceito de proibição do déficit ou da insuficiência, mas de certa maneira engloba o princípio e a ideia que advém do seu conceito como medida de efetivação de direitos fundamentais que carecem de atuação legislativa ou cuja atuação se mostra insuficiente.

Parte da doutrina limita o escopo da proibição do déficit ou da insuficiência como o outro lado da proibição do excesso⁷⁶ a partir da teoria da congruência entre as vertentes da proporcionalidade. A este respeito, dispõe Ribeiro que “(...) ao contrário do que sucede nos casos de omissão absoluta ou relativa de proteção social, sempre que o objeto do controlo judicial é uma ação legislativa que opera a exclusão de certa categoria de pessoas ou a regressão do nível de proteção social constitucionalmente relevante, a proibição do déficit é simétrica da proibição do excesso, podendo ser concebida, em termos superficialmente paradoxais, como uma proibição do excesso limitativo ou recessivo. Trata-se, como vimos, da violação de um dever acessório de *non facere*, cuja natureza viabiliza a aplicação desassombrada do controlo de proporcionalidade”⁷⁷.

Em hipóteses tais, a aplicação da proibição do excesso e da proibição de déficit, em lados opostos da moeda, garantiria limites máximos e mínimos de atuação do legislador na ponderação de direitos conflitantes⁷⁸, restringindo a sua atuação como complementar ao preceito da dignidade da pessoa humana e à garantia do mínimo essencial.

Ou seja, nos casos de restrições a direitos sociais já consolidados, o que se verifica é um direito de abstenção do Estado (negativo), no sentido de não legislar contrariamente às garantias existentes em observância ao princípio da vedação do retrocesso⁷⁹, de modo que, eventuais limitações serão analisadas segundo o princípio da proibição do excesso.

⁷⁶ A este respeito CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkmene. *Social rights in the age of proportionality*...cit.

⁷⁷ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controlo judicial das restrições aos direitos sociais*, e-publica, 7/3, 2020, 65-94, <https://e-publica.pt/article/34282-controlo-judicial-das-restricoes-aos-direitos-sociais>, p. 93.

⁷⁸ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controlo judicial*...cit., p. 64.

⁷⁹ A aplicação do princípio da vedação ao retrocesso nos tribunais será tratada mais adiante no título 3.3. Deve-se salientar, contudo, a mudança de entendimento das jurisdições constitucionais quanto aos limites desta vedação e sua aplicação em conjunto com a proibição da insuficiência retratadas por CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *In Proibição do excesso*...cit.

Não é disso que falamos, contudo, mas de situação outra em que o direito social, apesar de previsto na norma fundamental, carece de implementação por ausência de regulação ou insuficiência da política pública existente, exigindo, assim, um direito de prestação (positivo), cuja omissão total ou parcial cumpre ser analisada sob a luz do princípio da insuficiência.

O Ministro do STF Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADI 1.458 MC⁸⁰, conceitua as omissões constitucionais, ao dispor que:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do poder público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo poder público.”

Neste sentido, destaca Miranda⁸¹ que “a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, particularmente das consagradoras de direitos fundamentais (art. 18º, nº 1) não dispensa a intervenção conformadora do legislador, no respeito do seu conteúdo essencial e no âmbito da alternância democrática”, destacando que a falta de medidas legislativas necessárias pode ser tanto total quando parcial, sendo a primeira verificada pela completa inércia do legislador e a segunda pela sua deficiente atividade.

Canas desponta como um dos defensores dessa amplitude do conceito, ao descrever que “A proibição da insuficiência, em sentido próprio, distintivo de outras figuras afins ou vizinhas, é um instrumento de harmonização e ponderação que se aplica quando há que verificar se a omissão de cumprimento de deveres positivos do Estado,

⁸⁰ ADI 1.458 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 23-5-1996, P, DJ de 29-9-1996. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641366>.

⁸¹ MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...* cit. p.12.

estando assegurado que o núcleo essencial do direito positivo não é beliscado, é constitucionalmente justificada pelo contrapeso com outros bens, interesses ou valores.”⁸²

Em sua tese de doutoramento, por sua vez, Canas diferencia a ideia de proibição de excesso da proibição de defeito, ao explicitar que “[p]roibição do excesso e proibição do defeito incidem sobre planos normativos diferentes ou grandezas que não podem ser consideradas idênticas: a proibição do defeito visa a fiscalização da correspondência entre proteção estatal constitucionalmente determinada e proteção estatal efetivamente conferida, mediando a verificação do cumprimento do mínimo de proteção comandado; a proibição do excesso visa a fiscalização da conexão entre meio e fim da lei escolhidos pelo legislador, mediando a verificação do cumprimento do limiar máximo de interferência permitido.”⁸³

Neste ponto, ousa-se discordar da nomenclatura utilizada por Canas ao falar do cumprimento do mínimo de proteção comandado, na medida em que confunde o intérprete com a teoria do mínimo essencial.

O que ora se defende a partir da proibição do déficit é a aplicação do sentido conferido pela primeira vez ao *Untermaßverbot* pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgado sobre o aborto de 1993⁸⁴, ao dispor que:

“[t]o fulfill its obligation to protect [unborn human life], the state must undertake sufficient normative and practical measures which lead - while taking the competing legal values into account - to the attainment of appropriate and, as such, effective protection (prohibition on too little protection). This necessitates a concept of protection which combines elements of preventative and repressive protection.”, traduzido, nas palavras de Novais⁸⁵ “no sentido da exigência e da imposição constitucional na pretensa necessidade de garantia de uma proteção adequada e efetiva.” [sublinhados nossos]

Novais explica que os parâmetros a se ter em conta quando desta ponderação, devem ser retirados da referência ou fim previsto na própria norma, ressaltando, contudo, conforme apontamos sobre as características dos direitos sociais, que “como a norma

⁸² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso, proibição do defeito e garantia do conteúdo mínimo nas colisões de direitos sociais*. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, 586-660, jan./mar. 2022; Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6420>, pp. 595-596.

⁸³ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso*...cit., pp. 1020-1021.

⁸⁴ BVerfG, Order of the Second Senate of 28 May 1993 - 2 BvF 2/90 -, paras. 1-434, https://www.bverfg.de/e/fs19930528_2bvf000290en.html.

⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes*...cit., p. 191.

constitucional é, a esse respeito, geralmente indeterminada, não há pontos de apoio que permitam apurar objectivamente o *quantum* da prestação devida”⁸⁶.

Isto quer dizer que, na apuração de omissão ou insuficiência não há parâmetros normativos de apuração, sem que possa verificar objectivamente o alcance e adequação de determinada ação, ou ainda, qual a ação a ser implementada diante de uma determinada omissão normativa diante das inúmeras possibilidades decorrentes do teor da norma constitucional.

Assim que surge a necessidade de um princípio específico, porquanto nos casos de restrições de direitos é a atuação estatal excessiva que vem ser analisada, ou ainda a atuação em hipóteses que se espera uma obrigação negativa do Estado, ponderando-se a existência de alternativas mais adequadas ou menos onerosas, a insuficiência está calcada justamente numa omissão a uma prestação positiva. A avaliação, portanto, da proporcionalidade desta ausência de ação deve ser apurada de forma totalmente diversa.

Neste ponto, destaca-se que a proibição do défice ou da insuficiência se afasta à teoria clássica dos mínimos aplicada aos direitos sociais, na medida em que busca alcançar o patamar “máximo possível”, a partir de uma análise do que se mostra adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, dentro das reservas do politicamente adequado e financeiramente possível.

Assim, não se contenta com a garantia mínima de um direito social, mas uma garantia efetiva e adequada dos ditames constitucionais, em busca de otimização dos direitos sociais. Isto porque no controlo de mínimos, a análise se restringe à observação se determinado patamar mínimo do direito foi reconhecido pelo Estado, ainda que não atingida satisfatoriamente a finalidade da norma. Desta maneira, a utilização da proporcionalidade como medida de análise da constitucionalidade expande a proteção, ampliando os critérios de concretização para além do mínimo.

E neste ponto, a proporcionalidade pensada pelo legislador na concretização da norma fundamental, serve, inclusive, como critério de densificação do direito, numa ponderação entre o conteúdo e finalidade dos direitos fundamentais, em consonância com as possibilidades do Estado.

⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...cit.*, p. 179.

Decerto que esta análise prévia da proporcionalidade assegura, ademais, a defesa das escolhas do legislador e, sucessivamente, das políticas públicas adotadas, diante de um eventual controle de constitucionalidade. Não se trata, contudo, de defender uma ingerência excessiva do Judiciário nas competências do Legislativo e Executivo, restando, nas palavras de Novais, “uma reserva do politicamente adequado ou oportuno que confere aos titulares do poder público uma margem de escolha política dos meios, formas, ritmos e prioridades de realização positiva dos direitos fundamentais.”⁸⁷

Consoante apontam Contiades e Fotiadou⁸⁸, a simples possibilidade de análise de proporcionalidade pelo Tribunal, em análise de ponderação do alcance dos atos do legislador ou de sua omissão, direciona a atuação deste, cujos atos serão submetidos *a posteriori* ao julgamento dos Tribunais, forçando, assim, uma análise prévia de sua parte acerca da proporcionalidade de seus atos.

O que ora se propõe, portanto, é justamente a utilização da proibição da insuficiência como medida de otimização de políticas públicas de direitos sociais, a partir de uma análise ampla do legislador das alternativas possíveis dentro de sua margem de conformação, considerando assim, a seu critério, o conteúdo mínimo do direito, o alcance máximo possível da norma, a maior intensidade de satisfação, sua aplicação sistemática no ordenamento e a sua proporcionalidade em sentido estrito em relação aos demais direitos, considerando, ainda, os óbices institucionais, políticos e financeiros.

A proibição do déficit ou da insuficiência, como viés de proporcionalidade⁸⁹, caracteriza-se, pois, como salvaguarda à atuação positiva do Estado, nas hipóteses em que verificada omissão ou insuficiência na efetivação de direitos, resultando de grande valia aos direitos sociais.

A utilização de instrumentos de controle pelos Tribunais Constitucionais, ou, ainda, a análise de ações individuais pelos tribunais comuns geraria, portanto, precedentes valiosos no direcionamento da atuação do Estado na implementação destas políticas públicas sociais.

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...cit.*, p. 390.

⁸⁸ CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkmene. *Social rights in the age of proportionality...cit.*

⁸⁹ Esse é o dualismo apresentado por CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *In Proibição do excesso...cit.*, mas criticado por NOVAIS, Jorge Reis *In Princípios estruturantes...cit.*, o qual aponta a impossibilidade de aplicação das fases aferição de proporcionalidade ao princípio da insuficiência na medida em que metódica de ponderação entre grandezas não pode ser aplicada à ausência de atuação estatal.

CAPÍTULO III. O CONTRIBUTO DA PROIBIÇÃO DO DÉFICE NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Após analisadas as principais características dos direitos sociais e corretamente inseri-los no rol de direitos fundamentais, deparamo-nos com a difícil tarefa de real efetivação destes direitos e as possibilidades de restringi-los.

Nisto destaca-se que, ainda que observado que o seu âmbito de verificação não se restrinja a princípios, prestações positivas e normas com alto grau de abstração⁹⁰, cumpre admitir que a maior parte dos problemas complexos decorrentes da implementação de direitos fundamentais estão justamente relacionados a esses aspetos, que por certo se verificam com mais frequência nos direitos sociais.

Para fins deste trabalho, portanto, focaremos nas questões levadas à análise jurisdicional atinentes à efetivação dos direitos sociais de prestação, de cunho precipuamente principiológico e carentes de concretização pela via normativa ordinária, sem olvidarmos, contudo, o importante viés reducionista de uma simplificação desses direitos.

A efetivação de políticas públicas de prestação, por seu turno, perpassa necessariamente por discussões atreladas à densidade do conteúdo normativo, e o quanto resta garantido pelo manto do direito fundamental, relativizadas pelos preceitos de reserva do politicamente adequado⁹¹ e de reserva do possível.

Diante da relativa escassez de precedentes judiciais em que observada a aplicação prática da proporcionalidade, importante destaque de Contiades e Fotiadou⁹² de que a utilização da proporcionalidade aos direitos sociais foi evitada pelas jurisprudências nacionais e internacional por anos, estando limitada à seara de restrições de direitos e liberdades individuais.

Todavia, as crescentes crises económicas e os pacotes de austeridade implementados pelos Governos trouxeram aos Tribunais discussões atinentes à violação

⁹⁰ A respeito, retomamos a discussão do capítulo anterior que demonstra a abrangência dos direitos sociais e a errônea limitação de seu âmbito de atuação dentro do ordenamento jurídico, bem assim, a inclusão de direitos e liberdades individuais nessas características.

⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., pp.360-362.

⁹² CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkmene. *Social rights in the age of proportionality...* cit. p.661.

e retrocessos desses direitos, forçando uma análise mais aprofundada do seu grau de satisfação.

Anteriormente estritos às análises de absoluta negação de direitos sociais ou, ainda, de garantia de patamares mínimos de socialização de direitos fundamentais, os casos ora postos em análise exigem o balanceamento de direitos, buscando alternativas adequadas e em consonância com o sentido da norma, ultrapassando, assim, a premissa inicial de garantia mínima.

E, conforme defendido no capítulo anterior, é nessa nova configuração que verificamos uma ampliação das hipóteses de aplicação do princípio da proporcionalidade, não apenas no seu sentido basilar de proibição do excesso, adstrito a situações de restrições de direitos pela regulação estatal, mas como princípio de adequação insuficiente das prestações positivas do Estado.

Partindo dessas premissas, é que se busca uma análise concreta de hipóteses de utilização da proibição de insuficiência como preceito norteador da efetivação dos direitos sociais nos tribunais constitucionais, ou, ainda, hipóteses em que verificada a dificuldade do julgador na sua implementação, fundamentando-se em outros métodos e preceitos para garantia de direitos sociais.

3.1. Os limites de interferência judicial

A análise judicial da constitucionalidade de ações e omissões do Poder Público, notadamente em direitos sociais de prestação, suscita discussões acerca da interferência judicial nas decisões pertinentes a políticas públicas, e a necessária observância do princípio fundamental do Estado de Direito de separação de poderes⁹³.

Neste sentido, o princípio constitucional da separação de poderes direciona a atuação jurisdicional na efetivação de direitos sociais, configurando, ao mesmo tempo, balizador de excessos jurisdicionais, e, limitador de concretização de políticas sociais e eventuais irregularidades pelo legislador.

Isto porque, a aplicação das normas constitucionais de direitos sociais para fins de efetivação de políticas públicas não pode afastar uma interpretação que leve em

⁹³ Sobre os argumentos tradicionais contra a subsunção dos direitos sociais no modelo de controlo judicial de restrições legislativas, fundamentado, entre outros, no princípio da separação de poderes, leia-se RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controlo judicial...* cit.

consideração direitos e interesses públicos e privados envolvidos, recaindo sobre o poder de discricionariedade estatal, cujo papel de conformação e apreciação de possibilidades no cumprimento desses deveres incumbe necessariamente sob o Estado.

Ao analisar os instrumentos de controle das políticas públicas de direitos fundamentais muito se discute sobre a medida e o limite de atuação dos tribunais, como última instância de controle constitucional, analisando-se aspetos atinentes à separação dos poderes, na medida em que caberia ao legislador a *ultima ratio* no que se refere à adoção de políticas públicas.

A discussão que se revela é justo esta, se caberia ao Judiciário a análise do melhor caminho a ser adotado pelo legislador ou tão somente verificar os requisitos mínimos, a garantia do mínimo existencial, ou ainda, a observância da suficiência da medida adotada. É saber se dentre os vários caminhos que poderiam ser adotados na efetivação da política pública, observadas as limitações existentes, algum deles, sem juízo de valoração pelo órgão de controle, foi adotado pelo Estado.

Todavia, uma vez delimitada a ingerência do julgador, afastando assim a ideia de substituição da competência constitucional do legislador, evidente a necessária submissão das hipóteses concretas e abstratas de inconstitucionalidade, sendo, necessário, o estabelecimento de critérios objetivos e balizados em controlo de evidência para esta análise.

Neste ponto, cabe ao julgador constitucional observar se a finalidade da norma, dentro das diretrizes firmadas pelo legislador constituinte, encontra-se adequadamente atendida, mediante a utilização de recursos necessários (p. ex. ao verificar o destaque orçamentário suficiente dentro de uma dotação global) e, ainda, aplicar uma análise da relação custo-benefício entre a alternativa eleita pelo legislador e o alcance atendido com essa opção.

Destaca-se, contudo, que o julgador não se pode imiscuir nas competências dos demais poderes do Estado ao impor alternativas que repute mais adequadas, sem que verificado na hipótese situações de verdadeiro descaso legislativo, mas mera opção política dentro das opções concedidas pela norma. É dizer, sem que verificada aparente inconstitucionalidade, não cabe reputar desproporcional a opção legislativa.

A este respeito, cumpre transcrever o trecho do voto do Conselheiro Lino Ribeiro, relator do Acórdão n.º 313/2021 do Tribunal Constitucional de Portugal, ao aduzir que:

“(…) o legislador tem, em princípio, uma liberdade de conformação muito ampla quando se trata de escolher os meios de cumprimento de deveres constitucionais de conteúdo positivo, nomeadamente os modelos ou regimes de proteção social dos cidadãos mais carenciados. Cabe-lhe, assim, escolher a espécie de prestação que satisfaça as exigências decorrentes do direito a um mínimo para uma existência condigna e a fixação das condições para o gozo do benefício (v.g. sujeição a manifestação de disponibilidade para o trabalho, formação profissional, etc.), sem que lhes seja negada «a faculdade de determinação de eventuais diversidades de regime, desde logo no contexto de um princípio de diferenciação racionalmente fundado» (Vieira de Andrade, ob. cit., p. 27).”⁹⁴

Entretanto, consoante se depreende da decisão proferida pelo Ministro Relator Celso de Mello, no julgamento da Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental nº 45/DF pelo STF⁹⁵, a incumbência de formular e implementar políticas públicas, “embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”

Conclui-se, pois, que a obrigação que recai ao julgador de atuação na inconstitucionalidade por omissão não deve afastar a liberdade de conformação do legislador e executor da norma, a quem incumbe decidir quanto aos meios possíveis de atingimento do direito e os instrumentos que utilizará para realizá-lo⁹⁷.

⁹⁴ Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>.

⁹⁵ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/04/2004, Publicação: 04/05/2004 DJ 04/05/2004, PP-00012, RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>). O trecho transcrito faz expressa referência à doutrina de ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987. p. 207, item n. 05.

⁹⁶ No mesmo sentido, o AI 674764 – AgR/PI, ao proclamar que “o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais.”. AI 674764 AgR, Relator: MIN-DIAS TOFFOLI, JULG-04-10-2011, DJe-205, DIVULG 24-10-2011, PUBLIC 25-10-2011, EMENT VOL-02614-02, PP-00302. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2543670>

⁹⁷ No citado Acórdão nº. 313/2021, ao analisar a constitucionalidade de restrição de acesso ao RSI aos reclusos em unidades prisionais, o Tribunal reconhece que o direito ao mínimo para uma existência condigna pode ser atendido de diversas maneiras, sendo que enquanto o RSI se consubstancia em uma prestação pecuniária que concede maior liberdade de escolha para o exercício de liberdade do beneficiado, também assim as prestações em espécie conferidas aos reclusos podem ser suficientes ao atendimento de uma existência condigna, não se podendo determinar, quando verificado o atendimento desta condicionante, que a escolha política adotada pelo legislador não seja a mais adequada. Desta forma, verificar-se-ia a ocorrência do déficit de proteção apenas quando os meios adotados não se mostrassem suficientemente adequados, necessários e proporcionais, mas sem adentrar na valoração do mérito administrativo, ao impor

O que se verifica, contudo, em diversas decisões proferidas pelo STF é determinação de aplicação de medidas específicas direcionadas ao executor de políticas públicas⁹⁸, a fim de impor a concretização de direitos balizada diretamente no texto Constitucional, sem que analisada a omissão legislativa ordinária passível de concretização desses direitos. Tais arestos, ensejam, ademais, acaloradas discussões acerca de excesso de interferência do Judiciário, mediante alegações de ativismo judicial e violação ao princípio de separação dos poderes⁹⁹.

Todavia, o STF, a partir de recente julgamento do RE 684612¹⁰⁰, representativo de controvérsia do Tema de Repercussão Geral n. 698¹⁰¹, após consignar as dificuldades advindas da interferência do Judiciário na fixação de políticas públicas de direitos de saúde, atestando que “[a] intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos.”, apontando, assim, a “[n]ecessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.”, fixou as seguintes teses de atuação jurisdicional:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência

a adoção de determinada solução de política pública, o que, certamente, incorreria em violação ao princípio da separação de poderes.

⁹⁸ A esse respeito, vejam-se as decisões da SL 235/TO, em que determinada “a implantação, em doze meses, de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, na comarca de Araguaína/TO” (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho99998/false>); e da SL 228/CE, em que mantida a liminar que determinou “a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.” (Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho104246/false>).

⁹⁹ Sobre a questão, noticia-se o debate promovido pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal do Brasil sobre o ativismo judicial, disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/05/senadores-e-juristas-criticam-201cativismo201d-do-stf-em-debate-da-ctfc>.

¹⁰⁰ RE 684612, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 03/07/2023, Publicação: 07/08/2023. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20684612%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.

¹⁰¹ Tema 698 - Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>.

grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

Entretanto, apesar das diretrizes firmadas, logo após o julgamento da tese de repercussão geral acima, a Segunda Turma do STF, realizou o julgamento do RE 581352 AgR/AM¹⁰², de Relatoria do Ministro Celso de Mello. No referido julgado, a Turma argumenta a necessidade de intervenção judicial nas hipóteses em que os órgãos estatais anormalmente deixam de respeitar os mandamentos constitucionais essenciais, salientando, ademais, a densidade normativa e eficácia plena do direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, que não permite um amplo espaço de discricionariedade do Poder Público.

Desta feita, conclui que “O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.”

Neste particular, em que pese direcionadas para o executor da política pública, as decisões paradigmáticas direcionam a atuação legislativa na concretização do direito social, assim como na alocação de recursos em normas orçamentárias a serem utilizados pelo Executivo, o que, ademais, deve ser balizada por um juízo de ponderação, nos termos defendidos no presente trabalho.

3.2. A questão econômica e a proporcionalidade

Retornando-se à discussão atinente ao surgimento dos direitos sociais, a partir de uma segunda geração de direitos, e a instauração do Estado Social de Direito, verifica-se que, diversamente da ideia de concretização plena de direitos fundamentais trazida na primeira geração de direitos humanos, o crescimento da doutrina em que se fundamentam os direitos sociais de segunda geração baseia-se na premissa de garantia da dignidade da pessoa humana, buscando a concretização do conteúdo essencial do direito, a partir da

¹⁰² RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/10/2013, Publicação: 22/11/2013. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249260/false>.

garantia da “liberdade e a autonomia individuais, a igualdade entre cidadãos e os pressupostos materiais de uma vida digna.”¹⁰³

Contudo, reiterando-se o que vem sendo aduzido no presente trabalho, também a verificação da dignidade da pessoa humana, a partir de uma satisfação adequada e efetiva, há de ser considerada em integração às capacidades do Estado. Neste ponto, conforme salienta Novais, “a reserva do financeiramente possível que afecta a prestação estatal orientada à garantia do acesso a bens com um custo financeiro não é algo artificialmente construído pela doutrina, mas um condicionamento real, objectivo, que afecta intrinsecamente o conteúdo normativo de alguns direitos fundamentais.”¹⁰⁴

A análise da efetivação de direitos sociais de prestação impõe, portanto, a ponderação também assim de limitações externas à norma, notadamente de ordem financeira.

Numa outra perspetiva, a eleição de políticas públicas a serem executadas enseja necessariamente a ponderação de direitos que serão contemplados em menor ou maior escala dentro das possibilidades políticas e financeiramente viáveis, utilizando-se da proporcionalidade, por conseguinte, na eleição da política pública a ser efetivada, como medida mais adequada de efetivação dos direitos sociais.

Neste ponto, Munaretto¹⁰⁵ aponta a ocorrência do *Allocative conflict*, consistente no conflito vivenciado pelo legislador na eleição de políticas públicas para efetivação das diferentes demandas sociais existentes e diante da escassez financeira existente. Diferencia-se, assim, do conflito clássico de direitos, decorrente da incompatibilidade entre direitos de mesma grandeza.

Em ambas hipóteses, contudo, verifica-se a aplicação do princípio da proporcionalidade como medida de efetivação de direitos, sendo certo, contudo, que no “conflito alocativo” as restrições ocorrem não pela colisão entre direitos, mas pelas limitações orçamentárias decorrentes da efetivação pelo Estado destes direitos, sendo, assim, necessário a priorização pelo legislador de determinados direitos sobre outros.

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes...cit.*, p. 33.

¹⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...cit.*, p. 356.

¹⁰⁵ MUNARETTO, Lino. *Fundamental Rights and Limited Possibilities: The Proviso of the Possible in European Fundamental Rights Doctrine*. German Law Journal. 2024;25(2):185-209. <https://doi.org/10.1017/glj.2023.114>. p. 202.

Munaretto, ao tratar da reserva do possível e sua relação com a alocação de recursos públicos, indica exatamente essa necessidade de uma análise de proporcionalidade prévia pelo poder público na eleição da destinação dos escassos fundos orçamentários. Em suas próprias palavras¹⁰⁶:

“The proviso of the possible applies in allocative conflicts when rights must be limited only due to their costs and the necessary prioritization of needs. Fundamental rights to certain benefits and the public interest in using the resources for other purposes would not compete if the community’s resources covered the costs of all individual and collective needs.134(...) When allocative conflicts occur, they are not restricted to a limited number of rights and policies as in the classical binary conflict situation. Instead, all legitimate needs, which could be satisfied by accessing the relevant funds, get involved. At this point, transparent balancing requires that all individual and collective needs hidden behind catch-all-aims, such as the “rights of others” and the “competing substantive principles,” be revealed.”

A utilização da proporcionalidade se encontra, desta forma, intrinsecamente vinculada à reserva do possível, sendo certo que a inação ou a insuficiência de ação devem também ser resultado desta ponderação, prévia pelo legislador, e posterior pelos Tribunais Constitucionais, na análise da legalidade dos atos. A dispensa ou restrição da execução de determinado direito deve estar assim motivada dentro de um espectro de proporcionalidade, demonstrando-se que a margem de apreciação do legislador ou do executor de políticas públicas foi utilizada de forma ponderada.

A referida discussão refere-se às “escolhas trágicas” citadas pelo Ministro Celso de Mello em diversos precedentes do STF¹⁰⁷, conforme se depreende do acórdão do ARE 639337 AgR, de sua relatoria, em que analisada omissão estatal na implementação de política pública de acesso a crianças em idade pré-escolar à creche e à pré-escola, em violação ao artigo 208, IV, da CFB, ao dispor que

“A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada

¹⁰⁶ MUNARETTO, Lino. *Fundamental Rights and Limited Possibilities...cit.*, p. 202.

¹⁰⁷ Repete-se a expressão, sempre vinculada à reserva do possível e ao inadimplemento de deveres estatais de prestação, em diversos acórdãos entre 2011 e 2020, tais quais, HC 172136, ARE 745745 AgR, RE 581352 AgR, STA 223 AgR, ARE 727864 e RE 580252. Disponíveis em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>.

pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.”

É nesse ponto que a reserva do possível se mostra como justificativa aceitável para restrição de direitos, desde que utilizada dentro de uma métrica de proporcionalidade. A simples utilização genérica da impossibilidade financeira não se mostra suficiente quando desconsiderada o *core* do direito fundamental e quando não demonstra nenhuma análise prévia pelo legislador na distribuição do orçamento.

Nos termos do acórdão supra “A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.”¹⁰⁸

A situação em questão, em que omissões parciais ou totais decorrem deste “conflito alocativo”, apesar de não se enquadrarem na clássica ideia de colisão de direitos, exigem um juízo de ponderação do legislador na opção dos direitos que seriam afetados, não se referindo, portanto, ao excesso de um direito sobre outro.

A restrição normativa por omissão ou por prestação insuficiente decorrente da falta de recursos, há de ser analisada, portanto, sob a égide da proteção do déficit ou da insuficiência, incluindo-se uma análise proporcional da justificativa legislativa de atuação insuficiente (ou inexistente) em face de limitações financeiras, sob o argumento da reserva do economicamente possível.

3.3. A proteção ao mínimo existencial e a proibição ao retrocesso

Decerto que o maior contributo na metódica da proibição do déficit ou da insuficiência está na efetivação do direito de forma adequada e ultrapassando os limites mínimos de concretização, observada a finalidade da norma posta e seu núcleo essencial.

¹⁰⁸ ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 23/08/2011, Publicação: 15/09/2011. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>.

Todavia, para que verificada a insuficiência da prestação estatal de direitos sociais fundamentais, devem ser extraídos quais seriam esses marcos de concretização da norma, a partir de ponderações sobre limites mínimos e máximos. Neste sentido, a discussão percorre necessariamente conceitos atinentes ao limite mínimo essencial, corroborado, por seu turno, no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹⁰⁹.

A aferição do limiar de insuficiência, cujos obstáculos acima narrados estão intrinsecamente relacionados à dificuldade de fixação do conteúdo das normas fundamentais, perpassa, portanto, pela análise do núcleo essencial de prestação do direito e a garantia do exercício de suas liberdades fundamentais.

A necessária indeterminação de normas de cunho social acaba por remeter ao legislador ordinário a obrigação de densificação e determinação do seu conteúdo, mormente efetivadas a partir da concretização de políticas públicas que materializam essas prestações.

Muitas discussões atuais, todavia, dizem respeito justamente à abrangência de proteção constitucional quanto à limitação destas prestações, previstas na legislação ordinária derivada de previsões constitucionais. É dizer, até que ponto a discricionariedade do legislador ordinário estaria vinculada às prestações concretizadas ou estaria apenas submetido a um limiar mínimo de garantia das previsões abstratas da norma constitucional. A densificação da norma e, por consequência, a judiciabilidade daquele direito fundamental, enseja ou não a vedação de uma livre mutabilidade?

Ao analisar a possibilidade de significativa redução ou supressão de determinados direitos, tomando como exemplo o direito social à habitação, Novais sustenta que a hipotética lei ordinária que sustente determinada prestação pode ser substancialmente modificada ou até suprimida desde que com justificação suficiente, tal qual ocorre com as demais restrições de direitos fundamentais. Isto porque “o direito que ela consagra não é *direito derivado a prestação* na livre disponibilidade do legislador; é direito

¹⁰⁹ Sobre a relação entre o princípio da vedação do retrocesso social, a garantia de um mínimo essencial e o respeito da dignidade humana em restrições a direitos sociais decorrentes da crise económica, indica-se CRORIE, Benedita Mac (*In Os direitos sociais em crise?* In GONÇALVES, Pedro, GOMES, Carla Amado, MELO, Helena, GALVÃO, Filipa (coordenadores). *A crise e o Direito Público*, VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Editora: ICJP, ISBN: 978-989-97834-7-8, 2013. <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/4290/view>).

fundamental social, está jusfundamentalmente protegido, não num *mínimo*, mas no seu todo;”¹¹⁰

Canas¹¹¹, por seu turno, ao tecer considerações sobre o princípio da vedação ao retrocesso aplicado aos direitos sociais, leciona que o próprio princípio pode assumir diferentes significados, com versões mais brandas, vinculadas à vedação do núcleo essencial do direito e/ou em consonância com a proibição do excesso, ou posição extremada, relativa à vedação de qualquer redução ou supressão da materialização do direito social.

Neste sentido, Munaretto¹¹² conclui - ao analisar a aplicação do princípio da reserva do possível na doutrina de direitos fundamentais a partir de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, Suprema Corte dos Estados Unidos e Tribunais Constitucionais Alemão, Italiano e Português -, que a jurisprudência internacional entende de forma unânime que a restrição de um direito não pode privá-lo de sua substância, ainda que a sua efetivação incorra em custos e os recursos sejam restritos.

Este, inclusive, é o entendimento expressamente consignado nas Diretrizes de Maastricht sobre Violações a Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹³, ao estabelecer em seu parágrafo 9º, *minimun core obligations* na implementação do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a fim de garantir a satisfação, ao menos, do nível mínimo essencial de cada um dos direitos.

A jurisprudência do TC a respeito do princípio da proibição ao retrocesso foi inaugurada pelo paradigmático Acórdão nº. 39/1984, relatado pelo Conselheiro Vital Moreira, ao dispor sobre a impossibilidade de revogação de garantias constitucionais já consolidadas pela norma ordinária, numa interpretação ampla do princípio da vedação ao retrocesso, abrangente toda a gama de prestações derivadas pelo direito fundamental e já concretizadas.

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* cit., pp.193-194.

¹¹¹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., pp. 603-607.

¹¹² MUNARETTO, Lino. *Fundamental Rights...*cit., p. 206.

¹¹³ International Commission of Jurists (ICJ), Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, 26 January 1997, <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/icjurists/1997/en/63964>

Tal posição, apesar de não ter grande seguimento nos seguintes julgamentos da Corte Portuguesa¹¹⁴, é constantemente referenciada em precedentes recentes do STF¹¹⁵, constituindo efetiva engessamento da atuação do legislador ordinário na eleição de políticas públicas mais adequadas, em respeito, ademais, ao princípio democrático e da alternância de poder.

O que se verifica, destarte, da evolução jurisprudencial portuguesa é um abrandamento deste entendimento, limitando a aplicação do princípio à proteção ao retrocesso social do núcleo essencial do direito que se busca proteger, tendo em vista o necessário balanceamento das garantias constitucionais com o princípio da conformação do legislador democrático, sempre associado aos preceitos de dignidade humana, proteção à confiança e mínimo a uma existência condigna.¹¹⁶

Neste sentido, ao citar Canotilho, o Conselheiro Luís Nunes de Almeida, no Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português¹¹⁷, destaca que

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial.”¹¹⁸

Neste ponto, o que se depreende do referenciado acórdão é uma redução da análise do princípio da vedação do retrocesso desde que garantido um mínimo de existência

¹¹⁴ Sobre a evolução da jurisprudência do TC e do STF sobre os limites de vedação calcados na proibição do retrocesso, iniciada por uma proibição absoluta e substituída por uma relativização do princípio atinente à garantia do seu núcleo essencial, referencia-se CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit. pp.603-607 e 628-629.

¹¹⁵ A este respeito, salienta CANAS que esta referência se encontra calcada em entendimento superado do Tribunal Constitucional português e em doutrina desatualizada de J. J. Canotilho, ao dispor que “Sabendo-se que o Acórdão n.º 39/84 do Tribunal Constitucional português e o pensamento antigo de Gomes Canotilho, aderentes à conceção da proibição do retrocesso da hipótese (i), são muitas vezes apresentados pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais brasileiras como traduções autênticas daquele princípio, importa saber se ele é recebido – e aplicado – nessa versão mais extrema.” In CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., p. 605.

¹¹⁶ Para maior aprofundamento da temática BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade...* cit.

¹¹⁷ Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

¹¹⁸ O Acórdão traz, ademais, menção a diversos outros precedentes daquele Tribunal Constitucional em que reconhecido, ainda que indiretamente, o direito ao mínimo para uma existência condigna, tais quais os Acórdãos 232/91, 62/02, 349/91, 411/93, 318/99 e 177/02, evidenciando a prevalência de entendimento jurisprudencial neste sentido.

condigna, ou, nas palavras do Conselheiro Relator, “a apreciação da questão da proibição do retrocesso perderá interesse no caso de se concluir que o direito a um mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto a esses cidadãos, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica. É que, então, sempre existirá uma inconstitucionalidade por violação desse direito, independentemente do conteúdo da legislação anteriormente vigente.”

Da mesma forma, Canas¹¹⁹ conclui que, na jurisprudência do STF, nenhum argumento pertinente à reserva do financeiramente possível ou ao princípio da insuficiência tenha lugar quando se esteja diante de prestações fundadas na garantia ao mínimo essencial, admitindo, neste ponto, que não há nenhuma ponderação aquém ao núcleo do direito social.¹²⁰

É dizer, nenhuma metódica de otimização dos direitos poderá violar o seu núcleo essencial, de forma que, ainda que optemos pelo princípio da proporcionalidade, deve-se observar o preceito basilar do núcleo mínimo essencial do direito, para aquém do que não se admite nenhuma ponderação. Verificada a omissão, somente será reputada adequada qualquer efetivação que lhe garanta ao menos este patamar.

A temática ora proposta, contudo, não busca se afastar desses preceitos nem por eles se restringe, os quais, ademais, possibilitaram a evolução doutrinária ora analisada. Tem-se, todavia, que o princípio da proibição do déficit, ao aplicar a proporcionalidade ao núcleo do direito fundamental suprimido ou insuficientemente garantido deixa de analisar o direito sob a ótica de restrições, mas buscando soluções de políticas públicas que otimizem as garantias constitucionais.

3.4. O princípio do déficit ou da insuficiência nas jurisdições constitucionais brasileira e portuguesa

¹¹⁹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., p.603.

¹²⁰ Neste ponto, contudo, dispõe SARLET, Ingo Wolfgang. (*In Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.pp. 144-145) que “também no contexto da proteção dos direitos sociais na esfera de uma proibição de retrocesso, que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional, o que, à evidência, não afasta a discussão sobre qual o conteúdo do mínimo existencial em cada caso e no contexto de cada direito social”.

Em que pesem as vantagens de utilização metódica do princípio da proibição da insuficiência na concretização de direitos sociais, tanto na verificação prévia pelo legislador quando da fixação do conteúdo de direitos fundamentais pela legislação ordinária, quanto pelo Judiciário, na análise de omissões parciais ou totais na implementação destes direitos pelo Estado, muitas são as dificuldades enfrentadas na efetiva utilização do preceito.

Canas¹²¹, em importante análise sobre a jurisprudência de tribunais dos mais diversos países no controle de políticas sociais, destaca uma persistente linha de aplicação pelo TC português da proibição do excesso em situações de colisão que envolvem direitos sociais, destacando, contudo, a aplicação do preceito mesmo “em relação a posições jurídicas subjetivas de realização parcialmente inconciliável se fizesse com defeito ou insuficiência.”¹²². Neste ponto, no que se refere à proibição do déficit, mais adequada às referidas hipóteses, salienta que

“(…) o Tribunal Constitucional português, apesar de já ter usado mais que uma vez o princípio da proibição do defeito ou da insuficiência como parâmetro de averiguação da constitucionalidade de normas que incidem sobre colisões entre deveres de proteção de direitos de defesa e deveres de abstenção de interferência em (outros) direitos de defesa, ainda não deixou nenhum indício do reconhecimento da autonomia e da aplicação desse instrumento também na efetivação da vertente positiva de direitos sociais. Limita-se a convocar o *nomen* princípio da proporcionalidade e a procurar adaptar a sua estrutura e metódica a esferas que não são as suas, à semelhança, aliás, do que ocorre com quase todas as jurisdições constitucionais estrangeiras estudadas.¹²³

No que concerne ao ordenamento brasileiro, observa a ausência de enfrentamento da proporcionalidade no STF, destacando, quanto à proibição da insuficiência ou do déficit, que o instrumento “é pelo Tribunal conhecido e convocado, é empregue por ele apenas no que se pode considerar uma versão imprópria, versão que, por prescindir de metódicas ponderativas, não se pode afirmar ser a mais intrusiva da liberdade de conformação do legislador.”¹²⁴

¹²¹ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., pp. 608-609.

¹²² CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., pp. 632-636. Quanto à aplicação do princípio da proibição do excesso nas hipóteses de omissões e atuação insuficiente, destaca os Acórdãos nºs 263/2000, 302/2001 e 309/2001.

¹²³ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., p. 637.

¹²⁴ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., p. 609.

Neste sentido, ressalta uma ausência de aprofundamento dogmático do princípio por este Tribunal Superior, apenas referido de forma incidental, ao aduzir que:

“A referência à proibição da insuficiência permanece um *obiter dictum* lateral. Na verdade, o Tribunal não lhe dá préstimo decisório. Não se vislumbra rasto de qualquer operação metódica estruturante da aplicação da proibição da insuficiência como instrumento de harmonização e ponderação. Em geral, há simplesmente operações interpretativas do *Tatbestand* e do âmbito de proteção das normas constitucionais e da lei, apreciações de facto, verificação de se os factos se subsumem às normas constitucionais tal como resultam da interpretação e, não sendo o caso, decretação de medidas prestacionais, sem admissão de margem de conformação das autoridades e tão pouco discussão de uma eventual justificação do não cumprimento (integral ou parcial) dos deveres de prestação com a necessidade de atender a outros bens, interesses ou valores constitucionalmente tutelados.”¹²⁵

Revela, assim, uma tendência verificada na jurisprudência brasileira atinente a direitos sociais de aferição do conteúdo mínimo essencial do direito e o seu atendimento neste patamar, afastando quaisquer restrições de ordem orçamentária ou de discricionariedade administrativa, sem que nenhuma ponderação ulterior seja feita aos limites desta prestação. Os acórdãos publicados referem-se comumente à idílica ideia de ofensa a parâmetros constitucionais fundados na “proibição do retrocesso, proteção ao mínimo existencial, vedação da proibição insuficiente e proibição do excesso”¹²⁶ sem, contudo, aprofundá-los propriamente.

Nas palavras de Martins¹²⁷, o grande problema do ordenamento jurídico brasileiro, em que há um histórico déficit no cumprimento das necessidades básicas, é que "o descumprimento histórico e generalizado de aspectos mínimos de tantos direitos sociais e o tratamento incauto de grande parte da doutrina e jurisprudência, que, sem examinar o tema com a necessária profundidade, cede a fórmulas fáceis como a de que “qualquer restrição a direito fundamental é inconstitucional”.”.

Neste ponto fundamental é que se nota a ausência de um juízo de proporcionalidade, na medida em que se limita a dispor que o direito deve ser integralmente respeitado e plenamente garantido, sem apontar critérios mínimos de

¹²⁵ CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso...* cit., p. 602.

¹²⁶ Neste ponto, o mencionado acórdão proferido no RE 581352 AgR / AM, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/10/2013, Publicação: 22/11/2013. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249260/false>.

¹²⁷ MARTINS, Flávio. *Direitos sociais em tempos de crise econômica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book, p. 14.

aferição da omissão estatal, tampouco explicitando o espaço de conformação a que estaria adstrito o ente destinatário da norma na concretização do direito.

Esta a maior crítica aos julgados brasileiros, no sentido de que, ainda que se manifestem sobre o papel do Julgador na análise de constitucionalidade das ações estatais e reconheçam limitações de ordem orçamentária e de discricionariedade administrativa, ao analisar especificamente a efetivação do direito em voga restringem-se a apontar a necessidade de concretização plena e sem análise sistemática de suas implicações, desconsiderando, inclusive, potenciais colisões com outros direitos e liberdades ou, ainda, prejuízos a interesses sociais de ordem diversa¹²⁸.

Neste ponto é, pois, que se defende a aplicação do princípio da proibição da insuficiência, a fim de que, respeitada a margem de conformação do legislador, busque-se otimizar a aplicação da norma, a partir de uma responsável interpretação da norma constitucional, a fim de garantir de forma adequada e eficaz a realização de direitos. Ou seja, a partir de uma efetiva ponderação entre alternativas adequadas, e as restrições externas de ordem financeira e institucional, respeite o conteúdo essencial do direito, ampliando a sua concretização, na medida do efetivamente possível, para além do mínimo para uma existência condigna.

Conforme aduzido acima, depreende-se da jurisprudência do STF brasileiro a menção à vedação da proteção insuficiente e da proibição do excesso, como parâmetros constitucionais a serem observados na fiscalização jurisdicional da atividade do Estado, sem que nenhum juízo de proporcionalidade seja efetivamente realizado.

Curioso observar que em questões afetas a direitos e liberdades individuais, o preceito seja adequadamente utilizado, como se observa dos acórdãos da ADI 4351¹²⁹, de 2020 (sobre a legitimidade do Estado de legislar sobre restrição de consumo de produtos com potencial cancerígeno), e ADI 4118/RJ¹³⁰, de 2022 (competência federativa para legislar sobre atendimento gratuito de consumidores por empresas de televisão por

¹²⁸ A este respeito, referencia-se mais uma vez o julgamento do Tema 698, que consolida a jurisprudência sobre a temática de ingerência jurisdicional em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais em caso de ausência ou deficiência grave do serviço.

¹²⁹ ADI 4351, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 16-09-2020 PUBLIC 17-09-2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur431837/false>.

¹³⁰ ADI 4118 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 02/03/2022, Publicação: 16/03/2022, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460794/false>.

assinatura), em que incluído, dentro dos fundamentos decisórios, o juízo de proporcionalidade entre as restrições impostas pelo Estado e o direito dos consumidores afetados.

Tal não se verifica, contudo, nas ações atinentes à efetivação de direitos sociais, em que as considerações afetas ao princípio da dignidade humana, respeito ao mínimo essencial e vedação ao retrocesso, encerram a discussão acerca da necessidade de implementação de medidas concretas e direcionadas pelo julgador, sem que considerados os aspetos pertinentes à otimização do direito e à sua implementação de forma mais adequada e em consonância com os reais anseios e possibilidades sociais.¹³¹

Na jurisprudência constitucional portuguesa, a evolução doutrinária na utilização do princípio da proibição do défice se mostra mais evidente e promissora¹³². O caminho até a efetiva utilização do princípio pode ser verificado a partir da ideia de conteúdo mínimo do direito, vista no Acórdão n.º 39/1984¹³³, passando para o direito ao mínimo para uma existência condigna, expresso no Acórdão n.º 509/2002¹³⁴, e, ao adentrar na fase de verificação na situação particular do “mínimo adequado à proteção efetiva de um direito social”, fundando-se finalmente no preceito da proibição da insuficiência ou proibição insuficiente, consagrado no Acórdão n.º 313/2021¹³⁵.

As ideias trazidas no Acórdão n.º 313/2021 não estão dissociadas das correntes antecessoras, mas em verdade as complementam, na medida em que reconhecem o necessário respeito ao conteúdo mínimo de determinado direito social, em respeito inclusive ao princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, citando a doutrina de Jorge Reis Novais, o Acórdão conclui que:

“um tal entendimento do mínimo exigível é «simultaneamente absoluto (no sentido de que se entende que estas

¹³¹ Em consonância com o posicionamento indicado verificam-se os acórdãos do ARE 639337 AgR/SP, de 2011 (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur198252/false>); e RE 567985, de 2013 (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur243572/false>).

¹³² Neste ponto, cumpre mencionar a referência expressa à violação do princípio da proibição do défice trazida pelo voto do Conselheiro Paulo Mota Pinto, por ocasião do julgamento do Acórdão n.º 288/98 (Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html?impressao=1>), ainda que não pertinentes a direitos sociais (mas referindo-se à fiscalização preventiva de inconstitucionalidade da proposta de referendo pertinente à despenalização da interrupção voluntária da gravidez). No voto vencido, considera que eventual resposta afirmativa ao referendo proposto ensejaria violação ao princípio de proibição do défice, sem que asseguradas medidas alternativas de protecção constitucionalmente assegurada, no caso, a protecção à vida humana pré-natal abrangida pelo artigo 24º da CRP.

¹³³ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>.

¹³⁴ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

¹³⁵ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>.

exigências de dignidade da pessoa humana não cedem perante quaisquer outros valores), mas também condicionado e relativizado pelos níveis de desenvolvimento económico e moral de determinada sociedade, já que com eles variam as exigências concretas que se entende serem impostas ao Estado como decorrência imperativa daquele princípio». Ou seja, uma determinação do conteúdo mínimo a partir do princípio da dignidade humana, mas que acolhe «neste princípio uma dimensão de abertura à evolução das concessões sociais e da ideia de justiça que conduz a uma dedução contextualizada e evolutiva das suas exigências jurídicas». Porém, a delimitação do mínimo que vá para além das condições mínimas de subsistência humana deve ainda ser complementada pelo subprincípio da razoabilidade, igualmente integrador da ideia de proibição do défice, que atende às consequências da omissão de prestação estatal na esfera jurídica dos afetados. Assim, «há um défice inconstitucional de prestação quando a omissão estatal deixa os cidadãos afetados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social»¹³⁶

Neste sentido, o que pode ser interpretado num primeiro momento como limitador da aceção de um direito mínimo fundamental, enseja em verdade ampliação e concretização efetiva do direito, de forma adequada e sintonizada com a finalidade da norma fundamental, considerando as capacidades e interesses da sociedade em que inserida.

Neste ponto, o acórdão traz interessante percepção da fixação do conteúdo mínimo do direito a partir do princípio da proibição do défice, em contraponto à posição da dignidade humana, segundo o qual:

Entende-se que a identificação do mínimo social com o conteúdo mínimo dos direitos sociais, se bem que funcione em “casos extremos” – normalmente resolúveis pela “luta política” ou através da invocação de princípios estruturantes do Estado de direito, tornando redundante a positivação dos direitos –, acaba por debilitar a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, reduzindo toda a sua força jurídica à garantia do mínimo existencial. Já através do *princípio da proibição do défice* – entendido com sentido autónomo, que se traduz na vinculatividade de realização de um *mínimo*, e não como “reverso” do princípio da proibição excesso, na dimensão negativa dos direitos fundamentais –, o mínimo adequado à proteção efetiva de um direito social é delimitado em função das circunstâncias e contextos do caso concreto, permitindo assim expandir esse mínimo para além do mínimo absoluto inerente à dignidade da pessoa humana. Ou seja, é a realização de um mínimo, com um alcance relativo, que marca a fronteira entre *proteção adequado* e *proteção insuficiente*. Quando o Estado, no cumprimento de um dever de prestação decorrente de norma

¹³⁶ Acórdão nº 313/2021, Processo n.º 569/2019, 3ª Secção, Relator: Conselheiro Lino Ribeiro (Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro - vencido), item 8, parágrafo 8º. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>.

constitucional, ficar “aquém” daquilo a que está obrigado, está a violar o princípio da proibição do *défice*.¹³⁷

No particular, traz o acórdão relevante diferenciação dos três enfoques aqui delineados, ao demonstrar a diferença de apreciação entre o mínimo de subsistência, o mínimo para uma existência condigna e, finalmente, o mínimo social, a partir da efetiva aplicação do princípio como análise sistémica da efetivação de determinada política pública prestacional, considerando os elementos da norma jurídico-constitucional integrada às restrições políticas e orçamentárias, utilizando-se do juízo de proporcionalidade.¹³⁸

A referida metódica teria, pois, grande valia na análise da situação jurídica posta em causa no Acórdão n.º 509/02¹³⁹, na medida em que, sem que afastadas as considerações acerca da aplicação dos princípios da proibição do retrocesso, da igualdade, a partir de um juízo de valoração proporcional seria possível a elaboração do mínimo essencial do direito social em análise, considerada a adequação e suficiência da medida proposta.

Neste ponto, diversamente da análise da proporcionalidade da restrição imposta (aplicação do princípio da proibição do excesso) como defendido por Ribeiro¹⁴⁰, o que se propõe é uma análise da suficiência da medida proposta, não sob o viés da restrição à norma posta, mas como proteção suficiente ao direito fundamental em questão.

Esta parte final do julgamento mostrar-se-ia imprescindível na verificação de constitucionalidade da norma e sua efetiva concretização. Limitando-se os julgados a preceitos abstratos de conformação normativa, afastam-se da realidade que se busca efetivar a partir de uma ponderação das políticas públicas existentes e das que carecem de implementação, sem apontar direcionamentos concretos para a execução de direitos.

E isto não quer dizer a autorização para ingerência do julgador em outra esfera de poder, mas uma clara ponderação da constitucionalidade da medida adotada e de sua não adoção, respeitada a margem de conformação do destinatário da norma e executor da

¹³⁷ Acórdão n.º 313/2021, Processo n.º 569/2019, 3ª Secção, Relator: Conselheiro Lino Ribeiro (Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro - vencido), item 8, parágrafo 6º. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>.

¹³⁸ Acórdão n.º 313/2021, Processo n.º 569/2019, 3ª Secção, Relator: Conselheiro Lino Ribeiro (Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro - vencido), item 8, parágrafo 9º. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210313.html>.

¹³⁹ Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controlo judicial...* cit., p. 77.

política pública, sem restringir-se, ademais, a declarar eventual omissão ou insuficiente ação na efetivação de direitos sociais.

É dizer, respeitada a liberdade do legislador na criação ou regulamentação de políticas públicas sociais dentro de um programa político fundamentado, afastar eventual arbitrariedade ou imposição de um viés político em descon sideração a direitos constitucionalmente garantidos, considerando-se, ademais, as capacidades orçamentárias de forma macro, sem a oneração excessiva do Estado, mas priorizando sempre a concretização mais adequada daquele direito.

CONCLUSÃO

As dificuldades de implementação de direitos sociais de prestação encontram guarida desde o nascedouro da norma, a partir de discussões atinentes à sua inserção no rol de direitos fundamentais e, por conseguinte, na imprescindibilidade de sua concretização.

Já enquadrado em alguns textos constitucionais, como a CRP e a CF brasileira, ainda que esta realidade não se replica em todos os ordenamentos jurídicos, não se pode retirar o seu caráter fundamental, cuja implementação não depende de nenhum viés político ou se encontra enfraquecida por situações de escassez orçamentária.

Observadas as características das normas de direitos sociais, e as discussões trazidas a partir de sua dicotomia com os direitos e liberdades individuais, seu patente caráter de prestação positiva, com consequente onerosidade ao Estado, e sua indeterminabilidade lógica, estes aspetos devem ser considerados na sua regulamentação pelo legislador ordinário.

Tais particularidades ensejam, por conseguinte, uma atuação necessariamente conflituosa pelo legislador na eleição de políticas públicas que sejam capazes de efetivar esses direitos sociais fundamentais de forma mais adequada e com o máximo de otimização. Incumbindo-lhe, pois, dentro de uma margem de conformação a partir da delimitação conferida pelo legislador constitucional, a adoção das ações que repute mais adequadas dentro de um juízo de proporcionalidade, respeitados, ademais, os preceitos estruturantes do Estado de Direito da dignidade da pessoa humana, do mínimo essencial e da vedação ao retrocesso.

Neste sentido, destaca-se a utilização do princípio da proibição do déficit, viés da proporcionalidade, como método de harmonização destes interesses conflitantes,

notadamente nas situações de omissão ou atuação insuficiente do Estado na implementação de direitos sociais.

O que se verifica, contudo, da jurisprudência comparada, é uma tímida aplicação do método em questão aos direitos sociais, em crescimento no Tribunal Constitucional português, mas ainda inexistente na Corte brasileira, ainda que reconhecido em outros âmbitos do direito.

Dúvidas não há, todavia, que a utilização da proibição do déficit em direitos sociais enseja a ampliação de sua efetividade, na medida em que, ponderando a capacidade do Estado e o sentido da norma, busca a melhor forma de concretização do direito, com políticas públicas adequadas que vão além do reconhecimento de um patamar mínimo e essencial de cumprimento.

As discussões paradoxais entre o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, a análise sobre a densidade de sua concretização e consequente verificação de uma prestação insuficiente, para ulterior ponderação sobre o alcance de efetivação das políticas públicas calcados na garantia do núcleo essencial e a dignidade da pessoa humana, demonstram a complexidade da análise de constitucionalidade das ações estatais relacionadas a esses direitos.

Decerto que a resolução de problemas dessa dimensão exige metódicas complexas, sem as quais as soluções propostas carecem de efetividade e acabam por resvalar ambas em respostas aquém ao adequado para determinado direito, como em soluções muito além das capacidades do Estado, o que, infelizmente, ainda tem sido a realidade das decisões políticas e jurisdicionais relacionadas a políticas públicas sociais.

A utilização do princípio da proibição do déficit, alinhado às questões de ordem econômica, considerados o mínimo essencial e a vedação ao retrocesso, sem que, ademais, enverede por vieses ideológicos ou interesses políticos ilegítimos, culmina por garantir a aplicação concreta de direitos sociais para além do mínimo exigível.

Anseia-se, assim, pela ampliação de sua utilização tanto pelos tribunais quanto pelo legislador ordinário na implementação de políticas públicas de direitos sociais, a fim de dar maior concretude a estes direitos fundamentais, em seu patamar máximo possível, de forma adequada e eficaz, e garantindo-se, dentro das capacidades do Estado, a sua fruição plena.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, 217 (1999), 67–79. <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.
- ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June 2003 (131–40).
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATRIA, Fernando. *¿Existen derechos sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), pp. 15-59.
- BERNAL, Carlos. *Os direitos sociais em proporção*. RBDC, n. 23, p. 73/87, 2015.
- BOTELHO, Catarina Santos. *40 Anos de Direitos Sociais: Uma reflexão sobre o papel dos direitos fundamentais sociais no século XXI*. Julgar. ISSN 1646-6853. N.º 29 (2016), p. 197-216.
- BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise*. Almedina, 2017.
- BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social?* Revista da Ordem dos Advogados, Vol. I/II, pp. 259-294, 2015.
- CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios)*. Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Direito Constitucional e Justiça Constitucional, coordenação Prof. Doutor Marcelo Rabelo de Sousa, Prof. Dr. Fausto de Quadros, Prof. Dr. Paulo Otero e Prof. Dr. Eduardo Vera-Cruz Pinto, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Agosto de 2012 – pp. 811-893.
- CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*. Universidade de Lisboa, 2016.
- CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *Proibição do excesso, proibição do defeito e garantia do conteúdo mínimo nas colisões de direitos sociais*. RDP, Brasília, Volume 19, n. 101, 586-660, jan./mar. 2022: Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6420>.
- CANOTILHO, Mariana. *O princípio constitucional da proporcionalidade e o seu lugar na metódica constitucional*. In BOTELHO, Catarina Santos. et al. (organiz). O Princípio da proporcionalidade, XIII Encontro de Professores de Direito Público. Coimbra, 11-24, set.2021.
- CONTIADES, Xenophon, FOTIADOU, Alkmene. *Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation*. International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, July 2012, Pages 660–686, <https://doi.org/10.1093/icon/mor080>.
- CRORIE, Benedita Mac. *Os direitos sociais em crise?* In GONÇALVES, Pedro, GOMES, Carla Amado, MELO, Helena, GALVÃO, Filipa (coordenadores). A crise e o Direito Público, VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público. Editora:

ICJP, ISBN: 978-989-97834-7-8, 2013.
<https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/4290/view>.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Dimensões da constitucionalização das políticas públicas*. Revista De Direito Administrativo, 2016. 273, 237–267.
<https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66662>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981*. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 3, n. 04, p. 133–138, 1982.
DOI: 10.5007/%x. Disponível em:
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17161>.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEÃO, Anabela Costa. *O princípio da proporcionalidade e os seus críticos*. In BOTELHO, Catarina Santos et al. (organiz). *O Princípio da proporcionalidade*, XIII Encontro de Professores de Direito Público. Coimbra, 127 -159, set.2021.DOI: www.doi.org/10.47907/clq2021_2a7.

MARTINS, Flávio. *Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

MIRANDA, Jorge. *A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - v. 14, n. 1, p. 09 – 38 – jan/jun 2012.
https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/51903/fiscalizacao_inconstitucionalidade_por_miranda.pdf.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MUNARETTO, Lino. *Fundamental Rights and Limited Possibilities: The Proviso of the Possible in European Fundamental Rights Doctrine*. German Law Journal. 2024;25(2):185-209. doi:10.1017/glj.2023.114.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996,
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176514>.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2ª edição revista e reformulada. Reimpressão. AAFDL, Lisboa: 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book. 87-119.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controlo judicial das restrições aos direitos sociais*. e-publica, 7/3, 2020, <https://e-publica.pt/article/34282-controlo-judicial-das-restricoes-aos-direitos-sociais>.

- SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <https://direitopublico.com.br/>.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- TREVISAN, Leonardo Simchen. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Teoria de Robert Alexy*. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS, (2015). 10(1). <https://doi.org/10.22456/2317-8558.54583>.