



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**MÁRCIA RAQUEL MADRUGA CRUZ**

**CONCRETIZAÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS SOCIAIS  
NA PERSPECTIVA DA JUSTIÇA INTERGERACIONAL: UMA  
ÓTICA ORIENTADA PELA SUSTENTABILIDADE**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico Políticas / Menção em Direito Constitucional.*

*Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano.*

Coimbra, 2014

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,  
Muda-se o ser, muda-se a confiança;  
Todo o mundo é composto de mudança,  
Tomando sempre novas qualidades.”*

*Luís de Camões*

## **Agradecimentos**

Este estudo somente criou forma em virtude da colaboração de um conjunto de pessoas, que, cada qual à sua maneira, auxiliou-me a trilhar este caminho, o que torna a tarefa de enunciação de nomes bastante árdua, sob risco de deixar de fora algum nome, contudo, mister manifestar alguns agradecimentos em especial.

Agradeço, primeiramente, à querida Professora Orientadora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, por ter ajudado a direcionar o presente trabalho nas inúmeras guinadas e modificações, até o texto final, sempre contribuindo com inigualável conhecimento e experiência.

Ao conceituado jurista, professor e um dos mais aclamados congressistas na seara jurídica brasileira acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais, Ingo Sarlet, por se mostrar sempre disponível em meus muitos momentos de dúvidas, contribuindo significativamente desde o momento da formulação do tema, assim como em todo o desenvolvimento do trabalho, auxiliando-me sempre com paciência e maestria nos ensinamentos que lhe são peculiares.

À Coimbra, por me fazer enxergar o mundo e sua diversidade de pessoas, de características e de lugares, fazendo-me, assim, uma pessoa não melhor intelectualmente, mas sim, e o que é mais importante, uma nova pessoa de coração e de alma. Obrigada Coimbra das saudades!

A todos aqueles com quem convivi durante os dois anos do curso de Mestrado, compartilhando experiências tanto pessoais quanto acadêmicas e as inúmeras dificuldades de residir em lugar diverso de sua terra natal, tornando, assim, o trajeto percorrido mais suave e agradável.

Aos meus amigos de longa data, agradeço imensamente, pelas conversas cotidianas nas redes sociais que tinham o poder de brotar os sorrisos mais inesperados, ajudando-me, assim, a encarar os desafios diários com alegria e entusiasmo.

À minha família, que apesar da distância, representou um abrigo seguro e impulsionador dos meus esforços. Sem eles, definitivamente, este sonho não poderia ser concretizado.

Em especial, ao meu pai, exemplo de pai e profissional, no qual me espelho e, se Deus quiser e através de meus esforços, eu possa, um dia, atuar na vida jurídica com, pelo menos, um terço de seu afincado amor e dedicação pela carreira profissional. À minha mãe,

pela disposição e entrega a mim e a meus irmãos, sendo sempre um exemplo de força e fé, não podendo, logo, ter outro nome mais apropriado do que: Joana D'arc – ‘a mulher guerreira’.

Ao meu namorado, agradeço a compreensão pelas oscilações de humor durante toda esta caminhada e por todo o apoio, amor e entusiasmo com que vibrava a cada etapa concluída.

Enfim, mas não menos importante, a Deus, pela oportunidade, pela força e pela VIDA.

## **Resumo**

Visando uma melhoria na qualidade de vida, os embates sociais sempre ocuparam posição de destaque no palco político, econômico e social dos países, revelando a imensidão de necessidades humanas, seja através da não ingerência estatal verificada no panorama liberal ou da exigência de uma atuação positiva relacionada ao estágio de desenvolvimento do Estado social

Deste modo, o binômio necessidades humanas infinitas vs. recursos limitados foi posto como centro das discussões acadêmicas e políticas, principalmente no atual contexto de crise global, no qual se verifica a nítida discrepância entre as cláusulas constitucionais de bem-estar e a realidade fática das finanças públicas das nações.

Neste sentido, o presente trabalho intenta salientar a relevância de reflexões acerca de novas diretrizes para as atividades estatais, com uma redução da ‘obesidade’ do Estado social tradicional a partir da confluência de novos atores sociais, bem como uma nova gestão sob a pauta da sustentabilidade, de modo que esta mudança de paradigmas implique na efetiva concretização de bem-estar social presente e futuro, ou seja, na observância da fundamentalidade dos direitos sociais aliada à perspectiva do princípio da justiça intergeracional.

**Palavras chave:** direitos sociais – crise do Estado Social - justiça intergeracional – sustentabilidade

## **Abstract**

Aiming at a life quality improvement, the social conflicts have always occupied a prominent position in the political, economic and social stage of the countries, revealing the immensity of human needs, either through non-state interference perceived in the liberal stance or the requirement of a positive performance related to the stage of welfare State development.

Thus, the infinite human needs binomial vs. limited resources was placed as a center of academic and political discussions, especially in the current context of global crisis, in which there is a clear discrepancy between the constitutional clauses of wellness and the factual reality of nations' public finances.

Therefore, this work intends to highlight the importance of reflections about new guidelines for state activities, with a reduction of the traditional welfare State's 'obesity' from the confluence of new social actors, as well as a new management under the sustainability agenda, so that this paradigm shift implies the effective achievement of present and future social welfare, in other words, in the compliance of the social rights fundamentality coupled with the principle of intergenerational justice perspective.

**Keywords:** social rights - crisis of the Welfare State - intergenerational justice - sustainability

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PARALELO À TIPIFICAÇÃO DE UM MODELO DE ESTADO .....</b>	<b>13</b>
1.1 GÊNESE DO ESTADO: DA CENTRALIZAÇÃO DO PODER A SOBERANIA GLOBALIZADA .....	14
1.2 ESTADO DE DIREITO: A REGULAÇÃO NORMATIVA COMO UMA DETERMINANTE PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	18
1.3 PARADIGMA LIBERAL: O CONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	21
1.4 PARADIGMA SOCIAL .....	23
1.4.1 A crise do Estado Social: reorientação do pensamento liberal? .....	29
<b>CAPÍTULO II - PERSPECTIVAS DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO COMPARADO.....</b>	<b>34</b>
2.1 PANORAMA BRASILEIRO .....	35
2.1.1 Da relevância da dignidade da pessoa humana.....	37
2.1.2 Dos elementos (in)viabilizadores da unicidade do sistema de direitos fundamentais no contexto brasileiro .....	42
2.1.2.1 A concretização dos direitos fundamentais sociais analisada a partir da perspectiva do núcleo essencial .....	42
2.1.2.2 A fundamentalidade dúlice dos direitos fundamentais .....	48
2.1.2.3 Uma perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais .....	54
2.1.2.4 Os dilemas da atuação judicial na busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais .....	64
2.2 PANORAMA PORTUGUÊS .....	67
2.2.1 Contextualização histórica.....	68
2.2.2 Os direitos sociais sob a ótica jurídico-constitucional portuguesa .....	75
<b>CAPÍTULO III - UM OLHAR DE LONGO ALCANCE NA BUSCA INCESSANTE PELA IMPLEMENTAÇÃO DA SOCIALIDADE: DIFICULDADES IMERSAS NO ATUAL CONTEXTO DE CRISE E A ESPERANÇA NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL .....</b>	<b>93</b>
3.1 JUSTIÇA INTERGERACIONAL: PENSAR ANTES DO AGIR EM UM TEMPO NÃO TÃO DISTANTE .....	95
3.2 A JUSTIÇA INTERGERACIONAL COMO FATOR AGREGADOR DE NOVOS ATORES SOCIAIS NA DIREÇÃO POLÍTICA ESTATAL .....	101
3.2.1 A inferência da participação popular na (re)definição da arquitetura organizativa do Estado.....	103
3.3 JUSTIÇA INTERGERACIONAL COMO FATOR JUSTIFICANTE DE MEDIDAS RACIONAIS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO .....	108
3.3.1 As políticas anti-crise sob as vestes da sustentabilidade dos Estados .....	113
3.3.1.1 A sustentabilidade econômico-financeira no contexto português.....	113

3.3.1.2 A influência da tempestade econômico-financeira no espaço brasileiro	115
3.3.2 A nova gestão de políticas públicas: eficiência e racionalidade .....	117
3.3.3 O papel do Direito no sentido de uma ética do futuro .....	122
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>129</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

O maior desafio da sociedade atual, externado a partir de grandes reivindicações sociais, é o de melhorar a qualidade de vida de toda a comunidade, aspiração consubstanciada em um apelo coletivo ao reconhecimento dos valores humanos e dos direitos positivados nos ordenamentos jurídicos dos países.

A premissa de que o homem não pode existir em si mesmo denota a necessidade de uma simbiose entre os indivíduos e o Estado, pela qual se efetive o desenvolvimento da Nação e, conseqüentemente, do tecido social que a constitui.

O presente estudo estriba-se, por um lado, na consciência de que existe no horizonte social um amplo espectro de necessidades humanas e, por outro, na notoriedade da escassez de recursos financeiros. Esta carência é evidenciada ainda pela caracterização de uma sociedade de risco, na qual há um elevado grau de incerteza quanto às conseqüências do uso desenfreado da ciência e da tecnologia, transportando o pensamento de todo o corpo social pelos ventos da posteridade.

Seguindo esta linha de orientação, este escrito consubstancia-se em uma reflexão acerca da fundamentalidade e da necessidade de concretização dos direitos sociais e de sua influência no caminho tortuoso do desenvolvimento sustentável, tendo em vista que um bem-estar econômico-social consolidado pode dar frutos positivos no futuro. Esta é, aliás, uma dimensão do intenso debate contemporâneo sobre a justiça intergeracional.

Entretanto, a ascensão do paradigma social foi perturbado pelo atual contexto de crise global e pela conseqüente redução do aparato social, ocasionando dilemas acerca da reserva do possível. Neste panorama, surgiram afirmações quanto aos efeitos nefastos da debilidade das finanças públicas e do despreparo na utilização da ciência e tecnologia para as gerações vindouras. Tudo isso deu azo a discussões sobre a responsabilização da geração atual em relação aos possíveis “direitos” das pessoas que ainda não nasceram.

Neste dilema edificou-se uma vultosa difusão de ideias relacionadas à observância de um princípio da justiça intergeracional, responsável por uma discussão em torno da (re)formulação da organização do Estado. Preconiza-se a inserção de variados atores sociais, bem como a necessidade de uma nova gestão, a fim de (re)orientar os rumos da Nação sob uma perspectiva de longo alcance.

Percebe-se, na análise realizada, a preocupação face às lacunas de relevo social, geradoras de uma série de iniquidades que culminam no desrespeito à dignidade da pessoa humana, valor fundante do Estado Democrático de Direito, o que impende um esforço no sentido de uma implementação real e viável dos direitos de segunda dimensão, através da racionalização e eficiência das políticas públicas, da atuação expressiva dos poderes públicos, aliada à participação cívica, evitando-se que estes postulados constitucionais funcionem como meros compromissos políticos de um determinado momento histórico, desprezando a máxima da dogmática constitucional de superioridade hierárquica no seio do ordenamento jurídico.

Desta forma, para se alcançar o objetivo planejado, o presente estudo estrutura-se em três partes essenciais, nas quais se procura demonstrar a necessidade de uma concretização progressiva e racional dos direitos sociais na agenda brasileira, a partir das lições extraídas do cenário europeu e das dificuldades do atual contexto de crise mundial.

A primeira parte da dissertação fornece um suporte histórico de caráter mais geral através da imbricação da forma organizacional do Estado com a evolução dos direitos constitucionais fundamentais, expressando a relevância dos direitos inseridos na segunda dimensão.

Inicia-se esta fase do trabalho com uma exposição acerca da edificação da ideia de uma entidade soberana – o Estado – que almejava possuir legitimidade (‘contrato social’) para organizar espacialmente uma sociedade, com vista à pacificação social pós-estado de natureza. Contudo, a noção tradicional do Estado viu-se transmudada a partir do esfacelamento das fronteiras geográficas e do enaltecimento de uma sociedade global.

Os desmandos ilimitados e desarrazoados desta organização política exigiram uma maior regulação visando a solução de conflitos, como a instituição de leis gerais e abstratas que aplacassem os desarranjos governamentais, eclodindo também a necessidade de uma separação funcional dos poderes públicos. O cenário deste Estado de Direito desenvolveu-se, inicialmente, no regime liberal, cujo cerne era a liberdade dos indivíduos, através de uma não ingerência estatal.

Entretanto, após a observância do descrédito do modelo abstencionista, emergiu um novo aparato organizatório do Estado, que chamou para si uma maior responsabilidade para com os membros da comunidade política, implicando a ascensão do constitucionalismo

social, palco de grandes discussões, em decorrência do cenário da sociedade de risco e da obesidade estatal.

O ponto central do segundo capítulo será a análise jurídico-constitucional dos direitos sociais nos ordenamentos brasileiro e português, expondo a matriz axiológica comum da dignidade da pessoa humana e a heterogeneidade na seara política e jurídica quanto ao tratamento dispensado a tais direitos.

Enquanto o território europeu atravessa intensas dificuldades, inicialmente de ordem financeira, espalhando-se para todos os outros setores, o espaço brasileiro, apesar de afetado pela crise mundial, encontra-se em um patamar social reivindicador de melhorias substanciais, podendo falar, até mesmo, que dita Nação não alcançou o estágio de desenvolvimento conhecido como Estado Social.

Portanto, nas linhas finais do trabalho, empreende-se um esforço no sentido de (re)orientar o continente europeu, ao mesmo tempo que se procura um caminho de guia para a realidade brasileira, ou seja, visa abarcar algumas medidas que indiquem trilhos conscientes e eficazes na direção de um bem-estar social.

Assim, a última parte da investigação centra-se na questão da efetividade dos direitos sociais sob uma ótica prospectiva, o que implica uma nova concepção de gestão pela qual se alcance o bem-estar da população atual, que se reflita também na garantia social da geração vindoura, exaltando o princípio da justiça intergeracional e a sustentabilidade como instrumentos viabilizadores de um futuro mais responsável. Esta perspectiva procura apresentar uma luz ao fim do túnel econômico-financeiro e a esperança de dias melhores.

## CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PARALELO À TIPIFICAÇÃO DE UM MODELO DE ESTADO

**“Zwei Brennpunkte sind es, um die sich das ganze Leben der Menschheit bewegt: Individuum und Gesamtheit. Das richtige Verhaeltnis beider zu erfassen, die beiden grossen Maechte, welche den Garig der Geschichte bestimmen, harmonisch zu vereinigen, gehoert zu den grossten und schwierigsten Problemen der Wissenschaft und des Leben. Bald ueberwuchert der eine, bald der andere Faktor in Gedanke und Tat.”  
(Georg Jellinek)<sup>1</sup>**

O surgimento, o desenvolvimento e a constitucionalização dos direitos fundamentais encontram equivalência no modelo estatal adotado em cada Estado-nação no decurso da constante evolução da sociedade.<sup>2</sup>

O Estado como forma de organização político-social revela-se na noção de unidade política soberana, ideia atualmente transmudada pela alta integração estatal e globalização.

Os paradigmas liberal e social, que serão analisados em seguida, possuíram como alicerce ideológico os dogmas da Revolução Francesa, não podendo este embate ser reduzido historicamente a uma revolução burguesa, pois, além de ter representado um momento de ruptura com o sistema absolutista, operou grandes transformações sociais e renovações institucionais a partir de seus ideais e valores ainda hoje relevantes.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> JELLINEK, Georg apud BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 1.

<sup>2</sup> Canotilho corrobora tal afirmação: “Diz-me o adjectivo do Estado e eu dir-te-ei que estado tens ou queres.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjectivado e a Teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. V. 25, n. 56, Porto Alegre, dez. 2002, p. 25-40. p. 27.

<sup>3</sup> Pontifica Bobbio: “A Revolução Francesa foi exaltada e execrada, julgada ora como uma obra divina, ora como uma obra diabólica. Foi justificada ou não justificada de diferentes modos: justificada porque, apesar da violência que a acompanhou, teria transformado profundamente a sociedade europeia; não justificada porque um fim, mesmo bom, não santifica todos os meios, ou pior ainda, porque o próprio fim não era bom, ou finalmente, porque o fim teria sido bom, mas não foi alcançado.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 55.

Os elementos de sua conhecida tríade – liberdade, igualdade e fraternidade – regem os caminhos da sociedade até os dias de hoje, estimulando a busca de melhores condições de vida através de um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais.

As reflexões que se seguem têm como vetor de ligação o estudo dos direitos fundamentais sociais, a partir da análise da evolução da arquitetura político-organizacional de cada época e das suas implicações no desenvolvimento dos direitos prestacionais baseado na judicialização das políticas públicas e na necessidade de sua racionalização, temas abordados ao longo do trabalho.

Esta abordagem histórica é de suma relevância para a compreensão dos fundamentos dos direitos positivados, da instituição dos mecanismos jurídico-políticos para a sua garantia e concretização, bem como para entender os momentos de crise decorrentes das transformações sociais e da evolução da sociedade e do Estado.

## **1.1 GÊNESE DO ESTADO: DA CENTRALIZAÇÃO DO PODER À SOBERANIA GLOBALIZADA**

O Contratualismo reforça o fundamento de existência do Estado, produto da decisão racional do homem e justificado pela necessidade social, tendo como expoentes os filósofos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

A construção de um Estado Nacional pretendia organizar socialmente a liberdade ilimitada da sociedade pré-estatal, isto é, a transição do estado de natureza<sup>4</sup> para a constituição de uma sociedade civil organizada e de um poder estatal que detivesse autoridade para harmonizar a dualidade instaurada socialmente, como o interesse particular e o interesse coletivo, bem como para assegurar os ideais perseguidos pela liberdade e igualdade.

Em termos gerais, os filósofos supracitados defendem a legitimidade do Estado, entendido como um dos contraentes do chamado ‘Pacto Social’. O contrato deverá ser também assinado pelos indivíduos por acreditarem que esta forma de organização social seja capaz de realizar os seus fins. Com esta convenção assumiu-se a perda da liberdade primitiva e o comprometimento igualitário em favor de um pressuposto racional que legitime o exercício desse Poder.

---

<sup>4</sup> Atenta-se para a diversidade de análises deste ‘estado de natureza’, ou seja, são observados sob diferentes óticas, como a concepção rousseauiana pacífica e bondosa em contraponto à ideia hobbesiana.

Os homens, constituindo em seu conjunto o povo, juntaram forças como maneira de garantir a proteção e a conservação da espécie.<sup>5</sup> Contudo, os pensadores divergem em alguns termos deste contrato, nomeadamente no que se refere à origem, ao fundamento de legitimidade, às atribuições estatais e aos modos de execução.

Salienta-se a fragilidade dos governos que detêm a força como instrumento de imposição da vontade sobre os sujeitos que governam, ao passo que os governados só se submetem aos comandos da autoridade com o fito de evitar eventuais sanções, contudo, não adotam as suas diretrizes como atuações legítimas e condizentes com a vontade de quem lhes obedece. Com isso, tais governos revestem-se de porosidade e temporalidade definida.

A legitimidade da ordem estatal nas civilizações antigas encontra-se enraizada em um poder patriarcal, na formação de grupos familiares e com influência divina.

Na Antiguidade Clássica percebe-se um poder de organização e manutenção econômica, ilustrada pela figura dos Estados grego e romano. Contudo, dada a singularidade das formas de funcionamento e dos meios norteadores da política da época, esta observação pontual se faz suficiente no presente momento.

Todos estes fatos históricos, aliados a uma atuação mais enérgica da Igreja, contribuíram para a formação e evolução do Estado como figura institucional.

O absolutismo fornece não só o caráter de centralidade ao poder político, como também concede notoriedade aos seus elementos constitutivos, que são, pela doutrina da Teoria Geral do Estado clássica, o território, o povo e o poder político - soberania<sup>6</sup>, fatores que podem ser observados por outro prisma, dependendo da leitura em análise.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Rousseau atenta no fato desta união acarretar consequências negativas, por um lado, e vantagens, por outro, como a observação dos valores da moralidade e justiça aos seus atos por exemplo, e a alteração de uma liberdade natural para uma liberdade civil regida pelas leis e fundamentadas na vontade geral, afirmando acerca desta que “Para que uma vontade seja geral, nem sempre é preciso que seja unânime, mas é necessário que todos os votos sejam contados: qualquer exclusão formal rompe a generalidade.” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Leonardo Manuel Pereira Brum. 5. ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003. p. 33. A soberania popular rousseauiana como fundamento de legitimação do exercício do poder estatal expressa no texto citado acima encontra críticas e limites nas observações de Benjamin Constant, v. CALDEIRA, Marco. A “soberania popular” em Jean-Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão) diferentes? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 51, n. 1-2, Lisboa, 2010, p. 527- 572.

<sup>6</sup> Bodin define e caracteriza a soberania tomando por base o contexto absolutista da época nos Capítulos VIII e X do Livro I dos Seis Livros da República. Cfr. BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. Madrid: Aguilar, 1973.

<sup>7</sup> A enumeração e definição acerca dos elementos constitutivos do Estado são trazidos para análise sob os mais diferentes enfoques, como se depreende da descrição feita por Graciele Cardoso ao expressar o posicionamento de Azambuja, Maluf, Dallari e, ainda, Ataliba Nogueira. Os dois primeiros autores inspiram-se em uma tríade - população, território e governo; já o terceiro estudioso acrescenta a característica da finalidade. Por fim, o jurista paulista menciona cinco elementos constitutivos, que são o território, povo, soberania, poder de império

Esta forma de organização, pela qual um povo com características semelhantes convive e estabelece atribuições, direitos e deveres, dispostos em uma ordem jurídica própria e em um determinado espaço geográfico, é uma das facetas do Estado.

Os traços que consubstanciam a ideia tradicional de Estado sofreram alterações ao longo dos anos, tendo em vista o esfacelamento de fronteiras geográficas estáticas e inamovíveis, consequência do processo acelerado de globalização.

Assim, esta transfiguração do Estado, na qualidade de instituição política moderna, propõe uma releitura dos elementos da Teoria do Estado, bem como das relações funcionais clássicas dos poderes públicos proposta por Montesquieu. Esta reconstrução parte da ideia de limitação para uma ação de cooperação, com vista à realização dos valores da vontade geral, consignados nos dispositivos constitucionais. Isto é evidente com o surgimento da fórmula do Estado Social e a segunda fase do constitucionalismo.

O território foi pensado como elemento constitutivo do Estado, uma vez que o espaço geográfico delimitava a fronteira onde a ordem jurídica coerciva estabelecia a sua normatividade, aplicando eventualmente as suas sanções. Seria portanto aí que o poder estatal validava a sua soberania.

Entretanto, a formação de uma comunidade global e regional, com direitos transponíveis a essas barreiras geográficas e a evolução de relações entre indivíduos que se encontrem em pontos extremos do globo terrestre, revelou a necessidade de um maior dinamismo deste elemento.

O segundo elemento intrínseco à ideia de Estado é o povo, noção que designa todos os indivíduos pertencentes a um território e que têm ligação jurídica e permanente com o poder estatal e a ordem jurídica vigente.<sup>8</sup> Verifica-se assim uma diferença face à ideia de população, figura mais ampla, por abranger os seres humanos que não possuem esse vínculo jurídico.

A remodelação aqui observada opera-se em virtude do aparecimento de várias perspectivas da cidadania<sup>9</sup> (local, regional ou global) e da necessidade de garantia dos

---

e finalidade, v. CARDOSO, Graciele Neto. *A participação dos atores sociais na Direção político-social: uma necessidade de se (re)pensar o Estado contemporâneo a partir da (re)leitura dos Direitos Sociais e da (re)definição da Teoria Geral do Estado com ênfase no contexto brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 220p. Coimbra, 2007. p. 130.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>9</sup> Para uma análise da evolução da cidadania, v. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da cidadania: da comunidade ao estado liberal. *Revista Sequência*. N. 55, Florianópolis, dez. 2007, p. 65-94.

direitos fundamentais ou, sob uma ótica jurídico-normativa internacional, dos direitos humanos, utilizando-se, assim, uma vertente mais geral na acolhida deste novo panorama dado ao povo.

O último elemento constituinte do Estado é a soberania<sup>10</sup>, fundamento por meio do qual os governantes legitimavam, por muito tempo, o uso da força, tendo em vista a constituição de uma vontade unitária de poder, o que estaria, implicitamente, justificado pela vontade popular.

Assim, a soberania concedia a posição do topo hierarquizante ao poder político supremo, detentor de algumas características salientadas por José Fontes<sup>11</sup>, como o *ius tractum*, que seria a capacidade de celebrar convenções internacionais; o *ius legationes*, direito de remeter e acolher representantes diplomáticos e o *ius belli*, faculdade de declarar guerra e celebrar a paz, sendo relevante afirmar que tais elementos foram remodelados e disciplinados por alguns órgãos internacionais.

A abertura transnacional, oriunda da nova ordem mundial, faz surgir a necessidade de modificação das relações entre os Estados, implicando, de certa forma, uma releitura da noção de soberania. Chega-se, por isso, a falar em uma pós-soberania.

Esta soberania contemporânea seria observada a partir da cooperação entre a ordem jurídica interna e o direito internacional, sofrendo uma atenuação do seu caráter supremo. Contudo, este poder não se perde, uma vez que esta nova perspectiva implica em uma série de limitações a partir da interação entre Estados soberanos, mas não a extinção da soberania interna face à soberania extranacional.

No contexto jurídico-normativo, o surgimento do Constitucionalismo fez despontar a ordem jurídica como ponto de fundamentação do Estado, em substituição ao poder divino.

As fases do Estado Constitucional serão analisadas oportunamente, expondo-se, de forma sucinta, os contextos históricos das novas ordens político-sociais, os fatores que dão suporte à legitimidade da normatividade de cada época, bem como as características expressas na Lei Maior com as devidas nuances em cada um dos paradigmas.

---

<sup>10</sup> A soberania pode ser observada a partir de uma dupla dimensão: a substantiva, que teria a mobilização popular como fonte geradora dessa unicidade de decisão, através de sua própria organização jurídica e política; e a perspectiva adjetiva, que seria uma qualidade de poder supremo inerente ao Estado. *Ibid.*, p. 147.

<sup>11</sup> FONTES, José. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. 3. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010. p. 24.

Ao deter-se sobre estudos sobre a Teoria Geral do Estado, o teórico político Hermann Heller<sup>12</sup> buscou uma remodelação das lições defendidas por Kelsen e Schmitt, afirmando que “Só se conceber essa estrutura de efetividade que é o Estado na sua significação imanente dentro do conjunto da vida social, é que se poderá distingui-lo, em geral, como uma forma especial da ação humana, de outras formas de ação e determinar o seu conceito.” O autor observa a organização política a partir da realidade social, que é uma das formas de análise do poder político mais utilizada no mundo contemporâneo, mesmo com a pujante constituição de blocos regionais.

Esta multiplicidade gera vários conflitos no mundo atual, devido à dificuldade de tomada de decisões unânimes, pois a coletividade possui as mais variadas discrepâncias de opiniões e escolhas.

A necessidade de uma abertura do Estado, repensando as noções clássicas de seus elementos constitutivos, se faz presente, tendo em vista o processo de interligação social, criado pela confluência dos mercados e pela inovação tecnológica rápida e fluida, funcionando, assim, como fatores de ruptura das barreiras geográficas.

Por conseguinte, fala-se em uma doutrina do Estado pós-estatal ou até mesmo em uma teoria do Estado sem Estado. Contudo, Rui Cunha Martins<sup>13</sup> expõe de maneira acertada a continuidade desse conceito político-institucional, justificando-se na capacidade das instituições e dos sujeitos de se adequarem a esta nova realidade e as mudanças vindouras.

Portanto, uma democracia mais participativa e inclusiva, que não seja meramente representativa, conjugada com a globalização e a integração social, podem ser fatores indicadores de mudança quanto ao exercício e ações desta instituição política, que, atualmente, abarca uma sociedade transnacional, ansiosa por soluções para as demandas sociais contemporâneas e para os riscos daí advenientes.

## **1.2 ESTADO DE DIREITO: A REGULAÇÃO NORMATIVA COMO UMA DETERMINANTE PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL**

O embate entre a liberdade dos indivíduos e a concentração de poder nas mãos do monarca, assim como os interesses e as exigências da vida real fizeram nascer a conjuntura

---

<sup>12</sup> HELLER, Hermann. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. p. 131.

<sup>13</sup> MARTINS, Rui Cunha. Estado, tempo e limite. *Revista da História das Artes*. V. 26, Coimbra, 2005, p. 307-342.

teórica do *L'État legal* como forma de estabelecer uma harmonização social, no que diz respeito à regulação por normas coercivas.

Esta arquitetura jurídica tem por esteio a ordenação de limites estatais e o asseguramento dos direitos dos indivíduos, a fim de atenuar as várias iniquidades verificadas pela arbitrariedade excessiva dos poderes públicos. Com efeito, esta forma de organização política é assim designada tendo em vista a restrição do poder político pelo direito, legitimando-se, com isso, o uso da força do (e pelo) Estado.<sup>14</sup>

Os cenários geográficos pelos quais se espalharam a ideia de Estado de Direito contribuíram, sobremaneira, para a constituição desta disposição jurídica, como a inserção da dimensão inglesa, expressa pela figura do *rule of law*; a importância de uma lei suprema e de normas jurídicas advindas da vontade e da participação popular, como anunciavam os franceses; o estado constitucional americano e, ainda, a contribuição germânica através do seu *Rechtsstaat*.

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

A objetividade na aplicação destas normas jurídicas também é veículo caracterizador do Estado de Direito, pois os dispositivos legais são direcionados para toda a sociedade indistintamente, sem prejuízo de características biológicas, físicas, grau de rendimento, nível de instrução nem privilégios de classe, salvo exceções previstas.

Um dos postulados gerais do Estado de Direito consubstancia-se também no sistema de separação de poderes<sup>15</sup>, o qual se baseia na harmonização, auxílio e fiscalização entre os órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário (“*checks and balances system*”).

---

<sup>14</sup> Elías Díaz profere: “*El Derecho es, implica, uso de la fuerza y, a su vez, regulación del uso de la fuerza. El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado delincuente.*” DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y democracia*. Disponível em: <<http://goo.gl/IhXBWc>> Acesso em: fev. 2014.

<sup>15</sup> Discursando acerca da fórmula Estado de Direito no contexto da Constituição espanhola de 1978, o jurista José Ramón Díaz destaca duas ideias relevantes: “*Aparecen dos conceptos capitales en la formulación del Estado de Derecho: por un lado, el principio de reserva de ley, mediante el cual se separaban las materias de exclusivo tratamiento legislativo y, por otro, el principio de legalidade, em el que la totalidad de los poderes*

Percebe-se, assim, que o retrato do Estado de Direito será desenhado nas nações que possuem como cerne do seu sistema os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, pluralismo político, liberdade, entre outros.<sup>16</sup> Entretanto, a aplicação destes valores deve ocorrer de forma efetiva para que não agudize o fosso existente entre o diálogo dos déspotas ou classe ‘superior’ e a realidade social.<sup>17</sup>

A razoabilidade, a proporcionalidade e a adequação são outras dimensões constitutivas deste Estado de Direito, tendo em vista que funcionam como instrumentos de controle na edição da legislação e na gestão da Administração, evitando-se normas jurídicas injustas e os arbítrios do Poder Executivo, respectivamente.

A gênese do Estado de Direito como sistema de ordenação teve como palco o modelo liberal, cujos princípios estruturantes romperam barreiras com o regime totalitário, no qual os indivíduos eram tidos como meros receptores dos mandamentos estatais, não possuindo voz ativa.

O paradigma liberal será, ainda, objeto de reflexão no presente trabalho, o que impõe o não alongamento da discussão. Entretanto, é necessário expor que a crise posterior deste contexto sócio-político implicou em um progresso contínuo da noção de Estado de Direito, que continua ainda hoje a evoluir.

Canotilho<sup>18</sup> insere o Estado Constitucional como um aspecto evolutivo do Estado de Direito, no qual avulta a superioridade de um catálogo constitucional no arcabouço jurídico, sendo este composto de leis gerais e abstratas que deveriam ser aplicadas indistintamente, visando a proteção de direitos, das liberdades fundamentais e das garantias jurídicas.

Neste contexto, surgiram<sup>19</sup> os direitos fundamentais por oposição à opressão e às medidas arbitrárias dos que detinham o poder, colocando o indivíduo como cerne da ordem jurídica e como fator de legitimidade do referido poder.

---

*públicos habrían de someter su actuación a las decisiones del órgano legislastivo*”. DIÁZ, José Ramón Cossio. *Estado Social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 28.

<sup>16</sup> O respeito e observância destes princípios jurídicos na edição e aplicação das normas confere o sentido de Estado material de direito. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://goo.gl/0fC8GK>> Acesso em: fev. 2014. p. 5.

<sup>17</sup> Este disfarce de Estado de direito foi utilizado em muitas nações sob o prisma de um Estado legal ou mesmo detentor de intenções benéficas para a população, como, por exemplo, no nazi-fascismo e nos países socialistas de um único partido. *Ibid.*, p. 6.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 10 et seq.

<sup>19</sup> O verbo ‘surgir’ utilizado no texto no pretérito perfeito não visa impedir o surgimento de novos direitos fundamentais na seara jurídico-normativa, tendo em vista a constante evolução da sociedade e das relações desta com o Estado e o aparecimento de novas demandas sociais.

A conquista destes direitos foi evidenciada a partir de embates político-ideológicos entre a sociedade e o antigo regime como resposta às novas necessidades e a nova visão da realidade social, que implicava em uma nova ordem político-social ajustada a cada época.

Cumprido ressaltar que o aparecimento de outros direitos fundamentais, constituindo suas várias gerações ou dimensões, não tem o caráter de substituição, mas sim de complementariedade e de garantia dos direitos outrora conquistados, expressando a dependência entre os valores fundantes dos direitos, como a liberdade e a igualdade, corroborando, assim, as lições rousseauianas relatadas no *Contrato Social*.

Esta construção é meramente doutrinária e encontra respaldo social na interligação com as etapas do Estado enquanto modelo de organização político-social, funcionando como liame nessa relação Estado – sociedade, visando oferecer respostas às necessidades de cada época.

Assim, a partir da análise dos contextos histórico-sociais, observa-se o surgimento e positivação dos direitos fundamentais, assim como o seu ordenamento em gerações, ou melhor dizendo, em dimensões.<sup>20</sup>

### **1.3 PARADIGMA LIBERAL<sup>21</sup>: O CONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA**

O século XVIII pautava-se, a princípio, por uma sociedade estratificada e hierarquizada, contemplando uma desigualdade social cruel, na qual o clero e a nobreza detinham poder, luxo e privilégios. Ao seu lado, figurava o Terceiro Estado<sup>22</sup>, composto pela burguesia, pelos trabalhadores urbanos e pelos camponeses, verificando-se no seio desta classe marcadas diferenças internas. Assim, este tempo foi cenário de grandes mutações

---

<sup>20</sup> Como o presente texto tem como cerne a análise dos direitos fundamentais sociais só se encontrarão referências pormenorizadas às duas primeiras dimensões de direitos fundamentais. Contudo, insta salientar que os valores propugnados em outras dimensões são referidos ao longo do estudo, uma vez que os direitos formam um círculo de complementariedade e servem de garantia uns aos outros.

<sup>21</sup> “*Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” – frase ícone do liberalismo vigente neste paradigma.

<sup>22</sup> Sieyès caracteriza esta camada da população a partir do elemento inclusivo trabalho (o que seria gerador de exclusão sob outra perspectiva), ou seja, este setor seria constituído pelos indivíduos que trabalham, detendo as funções mais penosas, retendo as outras ordens os privilégios e as honrarias. Assim, preceitua: “O terceiro estado é o homem forte e robusto cujo braço ainda está acorrentado. Se eliminássemos as ordens privilegiadas, a nação em nada ficaria diminuída, muito pelo contrário. Assim, o que é o terceiro estado? Tudo, mas um tudo cheio de entraves e oprimido. O que seria dele sem as ordens privilegiadas? Tudo, mas um tudo livre e florescente.” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008. p. 77-78.

sociais, em virtude da mobilização popular, no que veio a designar-se por Revolução Francesa.

A tríade ideológica deste conflito – liberdade, igualdade e fraternidade – eram os fundamentos que acompanhavam os anseios da população desfavorecida na luta por uma transformação estrutural do quadro sócio-político-econômico da época, erigindo o indivíduo com prioridade frente ao Estado, o chamado Homem-cidadão, sujeito de direitos e deveres.

Imperavam, na concepção liberal, os valores da liberdade e da propriedade privada, ficando, assim, sob a responsabilidade de cada indivíduo os atos praticados na esfera privada, sem intervenção estatal em relação à ordem econômica. No fundo, fundamentava-se dessa forma o desejo de alterar os valores ditados pelo soberano.<sup>23</sup>

Contudo, a classe burguesa, a fim de sustentar sua posição de crescimento econômico e maior participação política, reais razões de seu engajamento ao lado dos restantes componentes do Terceiro Estado<sup>24</sup>, relegou a trilogia fundante da Revolução para um plano meramente formal.

Assim, verificou-se uma contradição no que diz respeito aos fundamentos universalizantes<sup>25</sup> de bem-estar, preconizados na revolta civil do século XVIII. Propusera-se uma ideologia baseada em melhoria da qualidade de vida de todos os participantes, a partir da tomada do poder das mãos do monarca, porém, ao deter o domínio político, a burguesia organiza-se institucionalmente, assegurando apenas os seus interesses.

---

<sup>23</sup> Época marcada por embates ideológicos, como o conflito entre a teoria da soberania popular rousseauiana e a teoria da soberania nacional de Sieyes, apoiada pela burguesia.

<sup>24</sup> Acerca dessa real razão da participação burguesa na Revolução Francesa, corrobora Hermann: “Esta não aspira a ser uma parte incluída em um todo ordenado e unido para um destino, mas deseja ser ‘tudo’.” HELLER, Hermann. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>25</sup> Apesar desse fosso pragmático existente entre os valores universalizantes e os interesses próprios da classe burguesa, a Revolução Francesa gerou frutos positivos, como o processo democrático, verificado na aplicação prática do sufrágio universal na França em 1848, e continua a incutir sua ideologia no pensamento da massa popular na busca efetiva de seus princípios e valores, contudo, é importante salientar a crítica existente de que decisões democráticas não implicam, necessariamente, em justas decisões, florescendo o debate acerca dos problemas da democracia na era contemporânea e a ascensão da noção de uma democracia deliberativa.

Este constitucionalismo inaugural<sup>26</sup> incute a ideia de limitação do poder do Estado<sup>27</sup> face aos indivíduos, visando protegê-los dos abusos estatais contemplados em modelos anteriores.

Neste contexto, emergem os direitos de primeira dimensão, repercutindo-se aí a ideia de liberdade. A abstenção por parte do Estado deixaria, portanto, florescer a autonomia dos cidadãos na busca do progresso individual.

Em virtude do caráter de não intervenção estatal configuram-se como direitos de defesa, por meio dos quais se podem vetar ações estatais na esfera individual e propiciar o livre desenvolvimento da personalidade.

O liberalismo, então, ascendeu a ideia da separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), propugnando meios para um equilíbrio político, evitando-se, com isso, ingerências arbitrárias que afetassem a aspirada liberdade individual.

Entretanto, verificou-se a ausência, no plano prático, dos princípios fundantes do paradigma liberal, incutidos na mentalidade do Terceiro Estado, ou seja, a liberdade e a igualdade foram apresentadas formalmente, enquanto a fraternidade, para alguns, nunca chegou a ser implementada.

A desilusão causada pela inobservância destes valores emergiu a incapacidade deste modelo estatal na prossecução dos fins perseguidos pela sociedade como um todo. Só a classe burguesa saía beneficiada, o que mostrava a premência de mudar o contexto sócio-político.

#### **1.4 PARADIGMA SOCIAL**

Neste contexto de iniquidades, aliando ainda a descrença na autorregulação do mercado e a ineficiência do modelo estatal até então vigente, que levavam os trabalhadores a uma vida escravizante, desumana e cruel, emergiu um novo paradigma político-social-econômico<sup>28</sup> na Europa Ocidental inicialmente. Os seus marcos histórico-jurídicos

---

<sup>26</sup> Paulo Bonavides tece alguns comentários sobre a contradição desse Estado liberal-democrático, uma vez que a essência da igualdade, revelada pelo conhecido Pacto Social de Rousseau, tem viés diverso da liberdade sustentada por Montesquieu, ao passo que a democracia e o liberalismo não são verdades conceituais irremediavelmente ligadas, como se percebe pela figura das monarquias constitucionais, ponto no qual se observa uma nítida separação dos dois primeiros dogmas sugeridos pela Revolução Francesa. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado...*, cit., p. 50 et seq.

<sup>27</sup> A limitação do poder estatal é percebida de forma clara na filosofia política, como por exemplo, na separação de poderes sustentada por Montesquieu e na aplicação dos direitos naturais preconizada por Locke.

<sup>28</sup> Martinez traça diferenças entre o Estado Social e o Estado de Bem-Estar Social, no que se refere à origem, ao processo histórico de formação, relação espaço-temporal, matiz ideológica, objetivos, base normativa e

assentavam na Constituição mexicana de 1917, na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918 e na Constituição de Weimar de 1919.

Logo, a questão operária deu vida à problemática no terreno social, implicando a criação e a implantação de meios e instrumentos de segurança social. Registrava-se uma densificação dogmática e a dispersão da fórmula Estado Social. Neste contexto, observa-se a existência de alguns sistemas de proteção social com nuances próprias, diferenciados pela forma de financiamento e gestão, como os modelos bismarckiano, existente antes mesmo da dispersão do novo paradigma econômico-social, e beveridgiano, bem como fórmulas mistas entre estes sistemas.<sup>29</sup>

A fórmula de Bismarck, implantada por volta de 1880, busca uma redistribuição limitada, com a concessão das prestações para os mais necessitados e detém uma forte vínculo laboral, possuindo, por isso, um fundo de financiamento advindo da quotização dos salários, sendo a classe trabalhadora e a empregadora os responsáveis contributivos e o ente estatal exercendo as funções referentes à administração de valores e à garantia dos benefícios. Esta influência germânica pode ser observada, de certa forma, na política social adotada na França, com a sua Renda Mínima de Inserção<sup>30</sup> (“*revenu minimum d’insertion*”), que estabelece um liame entre a prestação social e a inserção do beneficiário no mercado de trabalho, a fim de evitar sua dependência.

Neste sistema, os benefícios tinham uma função indenizatória, tendo o fito de compensar a perda ou a redução dos salários, em virtude de algum risco social. Ao longo dos anos, foram-se agregando novas funções, como a compensação de despesas e encargos sofridos pela família<sup>31</sup>, refletindo a expansão deste modelo de proteção social.<sup>32</sup>

Por sua vez, o sistema beveridgiano, criado principalmente a partir das diretrizes expostas no relatório *Social Insurance and Allied Services* do economista William

---

natureza jurídica. MARTINEZ, Vinício C. *Estado de bem estar social ou Estado social?* Disponível em: <<http://goo.gl/mykssj>> Acesso em: nov. 2013. Com isso, importa salientar que a fórmula Estado Social não foi uniforme em todo o mundo, sendo designada de Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) em alguns locais.

<sup>29</sup> Analisando a seara brasileira como exemplo dessa convergência, v. BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação*. Disponível em: <<http://goo.gl/CNezn3>> Acesso em: mar. 2014.

<sup>30</sup> SILVA, Wesley Helker Felício. *Política de renda mínima no Brasil: análise dos postulados do Bolsa Família*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Juiz de Fora. 162p. Juiz de Fora, 2010. p. 43 et seq.

<sup>31</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 150. NEVES, Ilídio das; MAIA, Fernando. *Segurança social: problemas e desafios*. Braga: Centro Regional de Segurança Social de Braga, 1988. p. 18.

<sup>32</sup> Para uma análise mais acurada desta evolução do sistema de proteção social no contexto histórico entre as duas grandes guerras mundiais, v. NEVES, Ilídio das. *Op. cit.*, p. 151 et seq.

Beveridge, porém sem relegar a importância dos demais relatórios e recomendações responsáveis pela formulação de referido sistema, não exige necessariamente uma contribuição anterior para a obtenção do benefício.<sup>33</sup>

Este sistema consistia na concessão de prestações básicas mínimas, que não encontravam relação proporcional com os salários. Por conseguinte, não se insere em uma concepção laboral, ao passo que seu financiamento é obtido através de receitas do Estado e das contribuições da classe patronal e da classe trabalhadora<sup>34</sup>, bem como a gestão fica a cargo do ente estatal.<sup>35</sup> Tais fatores evidenciam o caráter mais universalizante deste modelo, motivo apontado para a obesidade da fórmula “*Santa Claus State*”.

Noções diversas foram aventadas por Thomas Paine nos idos de 1790 e, atualmente, são encontradas nas lições de Philippe Van Parijs.<sup>36</sup> Em virtude desta construção não possuir uma completude de conceitos e de instrumentos não obteve a mesma expansão dos modelos citados anteriormente. Contudo, o debate acerca da renda básica incondicional manifesta-se cada vez mais pujante no cenário intelectual.<sup>37</sup>

Estes autores defendem uma renda básica para todos os cidadãos, independentemente de condicionantes físicas, biológicas, sociológicas e econômicas. Este esquema fundamenta-se em uma prestação monetária independente do mercado de trabalho, no qual a própria sociedade é responsável pelo acúmulo de recursos, por exemplo, a extração do petróleo no Estado do Alasca, onde as provisões financeiras arrecadas eram distribuídas por toda a comunidade.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> O Plano Beveridge enuncia seis classes de beneficiários: (i) operários e empregados trabalhando em regime de salários, independentemente de sexo e idade; (ii) trabalhadores independentes; (iii) donas de casa; (iv) outras pessoas em idade de trabalhar; (v) pessoas abaixo da idade de trabalho; (vi) reformados acima da idade de trabalho. Em virtude desta classificação, o Plano é bastante criticado por Francisco Costa, já que sobrecarrega determinadas classes, principalmente a primeira, em relação ao financiamento das contribuições. COSTA, Francisco de Sales Ramos da. *O plano Beveridge criticado*. Lisboa: Seara Nova, 1943. p. 30-40.

<sup>34</sup> Francisco Costa critica o aumento exponencial da contribuição da classe trabalhadora após o Plano Beveridge, sem a necessária correspondência dos benefícios obtidos. *Ibid.*, p. 7-12.

<sup>35</sup> Francisco Costa enuncia outras críticas, como a inexistência de um controle ativo dos trabalhadores na gestão das contribuições, a rigidez quantitativa da contribuição, o que eleva os riscos em tempos de instabilidade monetária, entre outras. *Ibid.*, p. 13 et seq.

<sup>36</sup> Van Parijs defende o rendimento básico, apontando-o como fator de enfrentamento para algumas dificuldades do Estado Social. PARIJS, Philippe Van. Basic income and two dilems of the welfare state. *The Political Quarterly*. V. 67, n. 1, jan./mar. 1996, p. 63-66.

<sup>37</sup> O debate é promovido no seio da *Basic Income Earth Network* e no Brasil a Lei 10.835/04 manifesta esta tendência.

<sup>38</sup> O caráter universal da renda básica ataca o problema do desemprego estrutural e da exploração produtiva capitalista ao fortalecer os trabalhadores e evitar uma fragmentariedade social. SILVA, Wesley Helker Felício. *Op. cit.*, p. 48 et seq.

A passagem do modelo liberal para o de Estado Social<sup>39</sup> foi acompanhada de várias transformações, particularidades que devem ser analisadas tendo em atenção o contexto de cada Estado-nação<sup>40</sup>, as suas idiossincrasias e tensões internas<sup>41</sup>, assim como o cuidado em relação ao rigor terminológico usado<sup>42</sup>, ao passo que o paradigma social foi objeto de muitas leituras.

Em termos gerais, observou-se uma mudança na relação Estado-sociedade<sup>43</sup>, assim como no caráter de juridicidade dos direitos de segunda dimensão, que possuem objeto distinto dos de liberdades clássicas, ao passo que aqueles pressupõem uma atuação estatal positiva, no sentido de concretização de um mínimo existencial, harmonizando-o com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais<sup>44</sup> surgem a partir da necessidade de segurança da classe trabalhadora em relação aos riscos do modelo fordista de produção, como também da

---

<sup>39</sup> Esping-Andersen elenca a seguinte tipologia de Welfare State, sem olvidar da mistura entre eles: liberal, no qual o Estado utiliza sua rede de proteção social de forma residual, ou seja, quando os canais primários não o podem fazer; conservador, no qual o Estado fornece proteção social aqueles que merecem, dependendo da sua capacidade produtiva; e socialdemocrata, o qual tem por base as políticas sociais inclusivas, com aspecto universalista. ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1990. p. 26-29. João Loureiro evidencia as insuficiências deste esquema classificatório por não abarcar, satisfatoriamente, alguns países do Sul da Europa e da Ásia Oriental, v. LOUREIRO, João Carlos. O político e o social em Deus caritas est: entre a justiça e a caridade. *Revista do Centro Acadêmico de Democracia Cristã*. N. 7, Coimbra, dez., 2006, p. 53-122.

<sup>40</sup> A identificação do constitucionalismo social em contexto brasileiro é verificada, inicialmente, pela leitura da Constituição de 1934, nas matérias referentes às relações de trabalho, saúde, educação, família, entre outras.

<sup>41</sup> Para uma análise acerca da evolução, por meios estatísticos, da previdência social em Portugal, desde sua criação em 1935 (Lei 1884 de 16 de março) até meados da década de 70, quando teve o fim do Estado Novo e a relação entre o surgimento de novos direitos e o novo prisma político-organizacional, cfr. PEREIRINHA, José António; CAROLO, Daniel Fernando. *Construção do Estado-providência em Portugal no período do Estado Novo (1935-1974): notas sobre a evolução da despesa social*. Comunicação apresentada no XXVI Encontro da APHES (Associação Portuguesa de História Económica e Social). Ponta Delgada – Portugal, em 17-18 novembro de 2006.

<sup>42</sup> Temos que a fórmula de Estado providência é uma faceta viciada do Estado Social, não possuindo correspondência totalmente igualitária a este.

<sup>43</sup> Ao refletirem sobre os argumentos econômicos que transformaram a atuação do Estado, Draibe e Aureliano defendiam o que para eles seria este novo paradigma: “Uma particular forma de regulação social que se expressa pela transformação das relações entre o Estado e a economia, entre o Estado e a sociedade, a um dado momento do desenvolvimento econômico. Tais transformações se manifestam na emergência de sistemas nacionais públicos ou estatalmente regulados de educação, saúde, previdência social integração e substituição de renda, assistência social e habitação que, a par das políticas de salário e emprego, regulam direta ou indiretamente o volume, as taxas e os comportamentos do emprego e do salário da economia, afetando, portanto, o nível da vida da população trabalhadora.” DRAIBE, Sonia Miriam; AURELIANO, Liana apud NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro, Estado de Bem-estar Social - origens e desenvolvimento. *Revista Katálysis*. N. 5, Santa Catarina, jul./dez. 2001, p. 89-103. p. 91.

<sup>44</sup> Diáz reclama que o termo ‘direitos sociais’ foi apropriado na época do surgimento deste novo paradigma, objetivando evidenciar a diferença entre os direitos de primeira e segunda dimensão. Contudo, sedimentada tal diferenciação, seria mais oportuna a utilização de termos ligados à sua significação axiológica, como direitos de igualdade ou direitos de prestação, os quais tomam por base o valor fundante destes preceitos e os modos previstos para a sua realização. DIÁZ, José Ramón Cossio. *Op cit.*, p. 15.

tentativa de participar da acumulação de riqueza com um financiamento público, de maneira que se obtenham condições de bem-estar para uma vida digna.<sup>45</sup>

Os trabalhadores, sedentos de uma igualdade substancial, reivindicavam uma melhoria qualitativa nos postos de trabalho através da conquista dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>46</sup>, pois restou evidenciado que os dispositivos de consagração da liberdade e da igualdade não estavam em pleno exercício.<sup>47</sup>

Importa salientar que esta fase inicial dos direitos prestacionais não foi marcada pelo apoio generalizado ao aspecto subjetivo pretendido pela nova arquitetura normativa, o que foi alcançado, de certa forma, com a evolução da realidade social e do princípio democrático.

O pensamento do constitucionalista germânico Gerhard Anschütz<sup>48</sup> embasa tal afirmação, pois pregava a distinção clássica dos direitos fundamentais, relegando os direitos prestacionais a normas jurídicas dependentes de concretização legislativa, não possuindo, assim, a caracterização de direito subjetivo, pensamento merecedor de atenção, ao passo que, até os dias atuais, é objeto de reflexão na dogmática jurídico-constitucional.

Esta nova ordem jurídica, denominada por ‘constitucionalismo social’, procurava, assim, o acesso aos bens pelos indivíduos, através de prestações fornecidas pelo poder público, de forma direta ou indireta, alterando o contexto socioeconômico vigente. Este sentido encontra-se atualmente transmutado, devido à atuação de vários corpos sociais nesta tarefa, deixando o poder estatal de ser titular único e exclusivo.

---

<sup>45</sup> Interessante elo é evidenciado entre os direitos sociais e a desmercadorização, ou seja, a análise da relação entre a concessão de benefícios das diversas políticas sociais e os diferentes níveis de independência do mercado, v. ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Op. cit.*, p. 21-23.

<sup>46</sup> Relativamente a esta categoria, Jorge Miranda esclarece: “Direitos econômicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais para segurança na necessidade e direitos culturais como exigência do acesso à educação e à cultura e, em último termo, de transformação da condição operária.” MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. V. 2, n. 4, Rio de Janeiro, jul./dez, 2012, p. 10-25. p. 10.

<sup>47</sup> Graciele Cardoso reflete acerca desta liberdade inútil e deixa implícita a ideia de confluência dos direitos de defesa com os direitos prestacionais ao dizer: “Basta ao homem ter somente liberdade? A reflexão sobre a questão remete às seguintes premissas: a) concessão da *liberdade de locomoção* é em vão para quem não tem condições físicas e não tem como se locomover; b) para os desempregados, a *liberdade de profissão* é inútil; c) de que adianta a *liberdade de pensamento* para quem não tem oportunidade de ter uma formação ou sem capacidade de expressá-la; d) a *liberdade de contratar* (autonomia privada) é inútil para quem não dispõe de meios financeiros para tal fim; e) o direito de propriedade para os desabrigados de nada vale.” CARDOSO, Graciele Neto. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>48</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese (Livre-Docência) - Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 172p. São Paulo, 2003. p. 15.

Além da característica de concessão de prestações sociais, o Estado Social manifesta-se pelo elemento sociológico da inclusão. Coloca-se, assim, itens de reflexão, como os fins, as medidas e/ou os instrumentos para alcançá-los, já que a inclusão poderia ser observada como o escopo deste modelo econômico-social, a partir das prestações regulamentadas pelas políticas sociais.

Neste momento, o Estado assume uma posição intervencionista e protetora, fazendo prevalecer a autonomia pública e o bem-estar comum, através da regulação da economia e da concessão de direitos, concebendo a figura dos ‘cidadãos-clientes’.<sup>49</sup> Assim, este modelo estatal surge para harmonizar duas tendências conflitantes, que são a acumulação de riqueza e os anseios da classe trabalhadora.

Importa observar que a dinâmica do Estado Social exige uma economia estável e uma distribuição de renda mais igualitária, objetivando, assim, uma democracia mais consolidada e um pluralismo participativo efetivo na regulação estatal.

O Estado Constitucional Social persegue a concessão de oportunidades de acesso<sup>50</sup> a bens básicos e fundamentais para uma vida digna, pela implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, não relegando o desenvolvimento econômico, sendo este o meio para se alcançar a justiça e o bem-estar social.

Fernando Adão da Fonseca<sup>51</sup> exprime esta ligação existente entre a garantia da liberdade de escolha e a concretização dos direitos fundamentais no contexto do Estado Social, uma vez que o valor liberdade, propagado e, de certa forma, conquistado no paradigma político-social anterior, é o cerne da dignidade da pessoa humana e, apenas, com a sua segurança é que se detém uma efetiva democracia.

Esta confluência com a ordem capitalista vigente diferencia o Estado Social do Estado Socialista, tal como é diferente a prossecução dos fins por via democrática perseguida e aplicada por aquele. Assim, o núcleo normativo que imperava na época continha diretrizes para uma transformação social, através da democracia participativa.

---

<sup>49</sup> TEODORO, Adilson *et al.* *Breves considerações teóricas sobre os paradigmas do estado liberal, do estado social e do estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://goo.gl/ME8xDB>> Acesso em: set./2013. p. 5.

<sup>50</sup> João Cardoso Rosas afirma uma classificação triádica da ideia da igualdade de oportunidades. ROSAS, João Cardoso. *Do Estado de Direito ao Estado Garantia. Nova Cidadania: Liberdade e Responsabilidade Pessoal*. Ano VIII, n. 31, Lisboa, jan./ mar. 2007, p. 33-35. p. 35.

<sup>51</sup> FONSECA, Fernando Adão da. *Contributos para a definição do Estado Social no século XXI: o Estado Garantia*. Disponível em: <<http://goo.gl/SwRXvD>> Acesso em: maio 2014.

Apesar das divergências, o Estado Social possui, na sua gênese, um apoio ideológico da doutrina política socialista no que se refere à ruptura com a estrutura social anterior e em relação ao apoio à mobilização proletária.

Analisando as conjunturas do Estado mínimo, do Estado marxista e do Estado social, nota-se também diferenças quanto à maneira de organização e de distribuição de prestações, bem como os responsáveis e destinatários das mesmas. No Estado mínimo impera a noção de progresso a partir da autonomia individual, o Estado marxista atribui ao poder estatal a responsabilidade pela satisfação das necessidades e, a ideia atual de Estado Social procura atender as necessidades básicas de quem realmente necessita e busca uma cooperação do poder público com a sociedade civil para uma maior simetria entre a disposição constitucional e a realidade.

#### **1.4.1 A crise do Estado Social: reorientação do pensamento liberal?**

São vários os motivos que caracterizam o colapso do Estado Social face ao neoliberalismo dos anos 80, modificando a noção de sociedade solidária expressa em alguns textos constitucionais.<sup>52</sup> A escolha circunscrita, ao longo destas linhas, de apenas alguns aspectos justificadores não excluem outros igualmente pertinentes.

O primeiro motivo do “inchaço” do Estado Social deve-se às falhas nas ações governamentais percebidas pelas más, incompetentes e corruptas gestões, as quais observam a população, apenas, como meio para se alcançar o poder, ou seja, como massa eleitoreira que, através do sufrágio, possui a capacidade para eleger representantes.<sup>53</sup>

A classe política visa, primordialmente, o seu favorecimento pessoal, com o aumento dos privilégios e do capital, relegando medidas calcadas na melhor utilização de recursos disponíveis, o que implicaria na observação do vetor da igualdade e de uma justiça intergeracional.

Entre as críticas a este modelo estatal de atuação positiva faz por bem destacar também as que se referem à burocracia exacerbada, provocando uma crise de eficiência, e a possível dependência causada aos indivíduos, que se limitam a esperar um posicionamento

---

<sup>52</sup> Caupers exprime sua inquietação em relação ao caminho percorrido pelo Estado providência ao sublinhar alguns pressupostos deste modelo em crise. CAUPERS, João. A agonia do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 45-49.

<sup>53</sup> Aliada a este argumento encontra-se a confusão de critérios definidores nas políticas de segurança social, motivo citado por Ilídio das Neves como causa endógena da crise do Estado providência. NEVES, Ilídio das. *Op. cit.*, p. 162.

do Estado para melhoria de vida. Contudo, nota-se a fragilidade deste pensamento, pois a mentalidade humana não é algo estagnado e uniforme.

Há, também, o aumento das despesas públicas com as prestações sociais e a distorção do sistema fiscal, em virtude do cada vez mais longínquo envelhecimento demográfico, das mudanças na base familiar com a redução dos elementos desta entidade e a inclusão da mulher no mercado de trabalho, assim como o aspecto universalizante destas prestações.

Por fim, pode relatar-se a ideia egoísta e excessiva dos direitos conquistados, consagrados no texto político dos países, e a ausência de comprometimento em relação à responsabilidade pelas contraprestações, já que uma atuação conjunta dos cidadãos com o setor público e privado poderia gerar melhorias que retornassem para a população.

Essa falência do Estado Social propugnou o aparecimento de algumas soluções, como o retorno a um minimalismo estatal<sup>54</sup>, através de uma “anoréxica magreza”<sup>55</sup> ou, até mesmo, uma remodelação do Estado contemporâneo, com uma participação substantiva do setor privado em substituição às atividades estatais inoperantes, propondo, assim, um Estado mais enxuto e melhor operacionalizado.

Esse pensamento coaduna com o fenômeno da relativização do dirigismo constitucional, uma vez que advoga transformações no âmbito interno e externo da administração pública, asseverando por um “estado economizado”.<sup>56</sup>

Canotilho<sup>57</sup> esclarece que a ‘morte’ do constitucionalismo dirigente se refere à extinção da lei suprema como metanarrativa, isto é, como um catálogo que efetivamente seria um suporte na transição para o socialismo, o que não é observado, e que possuiria outras “instâncias actantes”.

O Estado funcional que alguns advogam reflete a ideia de *governance*, que, de modo sumário, é a confluência entre a máquina estatal e entidades não governamentais para

---

<sup>54</sup> Canotilho expõe uma crítica acerca da figura do Estado mínimo: “O “minimalismo social” corre sempre o risco de reforçar as “desigualdades sociais” próximas da própria exclusão.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado Social. *Nova Cidadania: Liberdade e Responsabilidade Pessoal*. Ano VIII, n. 31, Lisboa, jan./ mar. 2007, p. 39-40. p. 40.

<sup>55</sup> LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010, p. 49.

<sup>56</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado adjetivado...cit., p. 32.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 36 et seq.

a prossecução dos fins perseguidos, como o acesso e a distribuição equitativa dos bens sociais.

Assim, esta crise implica uma reflexão sobre eventuais deficiências internas e de possíveis soluções e instrumentos<sup>58</sup> para a reinvenção deste modelo organizacional, não implicando, necessariamente, em um fim do Estado Social<sup>59</sup>, pois este paradigma, impregnado na consciência jurídica geral, detém um arcabouço fantástico de proteção e promoção dos indivíduos, merecendo, apenas, ser bem conduzido.

A desvirtuação do objetivo inicial do Estado Social e o aumento exponencial da carga de suas obrigações tornou imperiosa a reinterpretação do seu papel<sup>60</sup>, o realinhamento de seus afazeres<sup>61</sup> e a alteração da maneira como a sociedade o enxerga e o utiliza.

O objetivo desta mudança não é a alteração da essência do modelo em vigência, e sim alcançar, através da legitimidade do Direito e do diálogo contínuo entre a sociedade, o mercado e o Estado, meios que conciliem a autonomia privada com a pública.

No plano jurídico, as Constituições das décadas de 1940 a 1950, como a Lei Fundamental Alemã, concederam o suporte histórico e sistematizado, acentuando o aspecto do homem como sujeito de direitos e autor dos destinos políticos e sociais de toda a comunidade.

Neste momento, o contexto político-normativo combatia as violências do “triângulo dialético”<sup>62</sup>, já que a ordem jurídica, através do Estado de Direito, propunha atenuar as

---

<sup>58</sup> Rui Nunes enfoca a questão da sustentabilidade econômico-financeira a partir da mudança organizacional e reformas em alguns setores das atividades econômicas através da regulação estatal, objetivando uma maior eficiência, em paralelo com a contenção das finanças públicas baseadas em uma boa utilização dos recursos financeiros disponíveis. NUNES, Rui. *Estudo nº E/15/APB/09 – Reinventar o Estado Social*. Disponível em: <<http://goo.gl/uixyRu>> Acesso em: nov. 2013.

<sup>59</sup> GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 19-34. p. 25.

<sup>60</sup> João Cardoso Rosas abarca possíveis caminhos para a passagem deste “Estado Social Burocrático” para um Estado Garantia, este sim sendo observado como forma de complementariedade do Estado de Direito Democrático e consequência natural do dinamismo da sociedade, passando pela redução das funções sociais a cargo do poder público, ampliando o leque de sujeitos responsáveis; pela descentralização da direção política e, ainda, pela garantia na igualdade de acesso aos bens públicos pela comunidade, respeitando as escolhas dos indivíduos, e não, apenas, concedendo as prestações sociais diretamente. ROSAS, João Cardoso. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>61</sup> Para uma análise da crise do Estado Social com enfoque na reforma da segurança social, com uma crítica a diretriz do Banco Mundial que propõe uma transferência substancial nesta área para os regimes privados, bem como a sugestão de medidas, como o aumento da origem do financiamento da rede de proteção, com uma participação mais densa dos cidadãos e do terceiro setor, v. SANTOS, Boaventura de Sousa; FERREIRA, Sílvia. Uma reforma realista da segurança social. *Revista Internacional Católica Communio*. Ano XV, n. 4, Lisboa, ago. 1998, p. 373-377.

<sup>62</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado adjetivado...cit., p. 29.

medidas estatais arbitrárias (violência física); consolidar a democracia, lutando contra a violência política, observada pela desigualdade nesta seara, e, por fim, ditar as diretrizes na esfera social, visando uma melhoria no problema da pobreza e da má distribuição de renda, através de uma melhor alocação dos recursos disponíveis.

Esta humanização do Estado através do Direito, através do redirecionamento do papel do indivíduo e da regulação moderada do Estado são os pontos caracterizadores desta etapa do contexto político-social e constituem contributos valiosos para a evolução da democracia representativa.

A democracia pode ser enxergada como a intersecção, a unidade de decisão e de escolhas a partir da pluralidade de interesses e vontades, ou seja, através da representação, o povo pauta as ações políticas pela vontade da maioria.

Contudo, o sistema majoritário *per si* não atende aos anseios e à complexidade da comunidade pós-moderna, tendo em vista que não oferece meios que possibilitem uma autêntica participação da coletividade nas respostas das demandas sociais, adstringindo, de certa forma, a atuação da massa humana às ações populares, como a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo.

Contudo, a realidade social da comunidade contemporânea impõe uma nova visão desta democracia representativa, a fim de ouvir a voz da massa popular, aquela que sofre, no seu âmago, os dissabores da desigualdade e da exclusão social.

Logo, é de fácil percepção o liame existente entre o princípio democrático e o princípio da socialidade, já que a fruição dos direitos sociais possibilita, não só, um maior nível de participação popular no governo, como uma maior densidade nesta atuação, com decisões mais fundamentadas e acertadas, sendo de relevante importância para a efetivação e ampliação do leque de direitos no campo social, insurgindo também a necessidade de uma maior fiscalização do exercício dos órgãos estatais nesta seara.

Para que se possa atingir uma democracia substancial, e não meramente formal, com a decisão prevalente não sendo, apenas, de uma classe ou dos próprios representantes, e sim da coletividade e para a proteção das minorias<sup>63</sup>, faz-se necessário uma

---

<sup>63</sup> O jurista Jose Luiz Bolzan demonstra sua inquietação com o princípio democrático na era contemporânea, dado os resquícios da doutrina liberal, de um lado, e, a insuficiência de respostas às demandas sociais atuais, por outro lado. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 15-46. p. 36 et seq.

responsabilidade social, educação e um senso crítico voltado para o bem comum, características que não são verificadas em muitos países, apesar de todo o arcabouço jurídico protetivo.

Essa educação social coloca-se a nível local, regional e global, no decurso do processo de globalização, já citado ao longo deste trabalho como fator preponderante dessa alteração político-social.

Logo, o multiculturalismo e o respeito às diversidades estão intimamente ligados à nova mentalidade dos indivíduos e a atuação destes em relação aos meios de produção e acesso aos bens sociais, encontrando como substrato dessa ideia a dignidade da pessoa humana.

Esse ativismo popular, aliado às atuações sociais públicas e privadas, consubstancia a figura do “welfare mix”, que seria um conglomerado de atores na persecução do bem-comum.

Assim, o direito de sufrágio, conquistado a duras penas ao longo dos séculos, não concede, por si só, a igualdade política pretendida. Para esta ser alcançada deve ocorrer uma transformação da mentalidade dos cidadãos ao se disporem na busca da igualdade real, principalmente no que concerne as classes dominantes, ao barrarem a prática da corrupção, ao influenciarem as ações dos indivíduos e instituições com seu poderio econômico, entre outros fatores.

A releitura do ‘governo do povo’ na democratização do Estado social pode ser realizada a partir da ação individual do cidadão, como também através de organizações sociais e profissionais em todo o processo de escolhas e tomada de decisões, seja através de função consultiva ou da deliberação de orçamentos.

Assim, esta reflexão do Estado Social propõe o fim de sua fórmula patológica – o Estado providência, com a inclusão de novos atores sociais na prossecução do bem comum, através de uma melhor formação, qualificação e responsabilidade destes por eventuais danos causados, alterando-se, assim, o viés de Estado prestador para um Estado ativador, desmistificando as críticas da dependência e servidão que caracterizam o ‘velho’ Estado Social.

## CAPÍTULO II - PERSPECTIVAS DOS DIREITOS SOCIAIS NO DIREITO COMPARADO

**“Não podemos admitir que os direitos fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea ou crônica de fundos estatais, substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada, ou o que lhe valha.” (Fernando Andrade)<sup>64</sup>**

A ciência do Direito encontra similitude em vários ordenamentos nacionais existentes no globo terrestre. Contudo, não possui sempre a mesma estrutura, nem o mesmo regime e institutos, tendo em vista as conquistas históricas diferentes em cada Estado-nação. Reconhecem-se ainda diferenças percebidas a nível interno, assentes em transformações sofridas em cada época, reveladoras de diversas realidades no âmbito político, econômico e social.

Essa afirmação denota a importância de se fazer uma breve explanação comparativa sobre o tratamento dispensado aos direitos sociais no Brasil, foco geográfico desta dissertação, e em Portugal. É que, apesar de possuírem um vasto rol de semelhanças no plano jurídico, ambos os países têm neste item um ponto de desencontro.

Assim, neste capítulo procede-se a um recorte doutrinário com o auxílio da jurisdição constitucional que incide sobre os direitos prestacionais nos dois países explicitados. Isso não nos impede de fazer referência e apontamentos em relação aos discursos jurídicos de outros Estados, caso possua valia material e agregadora para o presente trabalho.

---

<sup>64</sup> ANDRADE, Fernando Gomes de. *Dos direitos sociais de carácter prestacional face ao artigo 5º parágrafo 1º da constituição federal de 1988: normas programáticas ou auto-executáveis?* Disponível em: <<http://goo.gl/xb74aO>> Acesso em: set./2014.

## 2.1 PANORAMA BRASILEIRO

A fórmula Estado Social foi acolhida no seio constitucional com a Constituição de 1934, através da sistematização da ordem econômica e social em um título específico, o que a faz deter um valor histórico relevante. Contudo, a inclusão pioneira de direitos sociais ocorreu de maneira bastante incipiente, limitando-se a direitos laborais e a outros relacionados com a educação e com a assistência social, sem possuir o viés da jusfundamentalidade. As leis políticas seguintes, de 1937 e 1946, não trouxeram novidades substanciais, limitando-se a reproduzir os direitos positivados outrora.

Nos anos seguintes, a partir do golpe de 1964, imperou o regime autoritário, em virtude do qual se deu uma restrição dos direitos fundamentais, bem como uma limitação e até mesmo uma exclusão da participação popular na condução da política nacional. Desta feita, tal período antidemocrático evidenciou uma ruptura no arcabouço protetivo dos cidadãos.

No final da década de 70, floresceram as reivindicações a favor da transição democrática brasileira, como a Lei de Anistia, ganhando vigor as manifestações que reclamavam um Poder Constituinte que encarasse o povo como critério legitimador.

O enfraquecimento do regime militar e a redemocratização brasileira alavancada pela Carta Magna de 1988<sup>65</sup> foram os fatos históricos que impulsionaram a nova era dos direitos, com a constitucionalização dos direitos sociais<sup>66</sup> ao lado dos direitos civis e

---

<sup>65</sup> Barroso explica como se deu a redemocratização brasileira, movimento que, por um lado, foi alvo de severas críticas, em virtude da ânsia exacerbada por um equilíbrio institucional e de classes, decorrente da experiência autoritária anterior e, por outro, ovacionada pelo amplo espectro protetivo do cidadão com base na positivação do catálogo dos direitos fundamentais logo no início da Lei Maior, como também pela harmonia perseguida entre os poderes públicos. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3–48.

<sup>66</sup> O que se observa, em regra, na doutrina jurídica brasileira é a repetição do conceito do jurista José Afonso da Silva: “São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286-287. A afirmação inicial de que os direitos sociais seriam prestações positivas implica uma análise mais detalhada, tendo em vista a existência de direitos sociais que evidenciam uma abstenção, como o direito de greve, porém, esta ideia geral explicitada pelo autor advém da história do direito em sistematizar a divisão entre as liberdades clássicas (direitos negativos) e os direitos da segunda geração (direitos positivos), o que restou evidenciado no capítulo anterior do presente trabalho. Ainda neste contexto, salienta José Costa que, ao lado destas prestações pleiteadas ao Estado, poderia também ser reivindicado a feitura de uma regulamentação, ou seja, a realização de políticas públicas. COSTA, José apud ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111. Há dois outros pontos que

políticos e a, cada vez maior, participação da comunidade cívica na direção da arena política, o que influenciou, sobremaneira, a reflexão acerca da implementação efetiva dos direitos prestacionais, a fim de que haja um maior equilíbrio no abismo existente entre a disposição formal de tais direitos e a realidade socioeconômica brasileira.

Esta equivalência entre a fruição dos direitos sociais fundamentais e a sua disposição constitucional ataca a noção de constituição simbólica, evidenciada nas lições de Marcelo Neves.<sup>67</sup> Como é sabido, esta noção possui como evidências a mera confirmação de valores sociais e a institucionalização de normas, sem que haja o mínimo de condições para a sua implementação, com o fito apenas de produzir confiança na ordem jurídico-normativa e no governo em exercício. Conclui-se, por isso, que não há uma hermenêutica responsável e progressista calcada em uma interrelação necessária entre o programa normativo e a realidade vivida no seio da comunidade política.

A inquietação quanto à inobservância dos valores sociais se faz presente em grande parte da doutrina jurídica brasileira assente na vertente da “dogmática constitucional emancipatória”.<sup>68</sup> Tal posicionamento sustenta-se na jusfundamentalidade dos direitos sociais<sup>69</sup>, bem como no relevante valor axiológico da dignidade da pessoa humana, evidenciados na estrutura normativa constitucional contemporânea.

É fácil compreender que a Carta Fundamental é o suporte normativo do Estado Democrático de Direito, porta-estandarte da era dos direitos fundamentais, meios implicadores do exercício de uma democracia substancial. Nesse sentido, a Lei Política

---

merecem observação, mas não na contraposição acerto-erro, e sim, no sentido da incompletude. O primeiro item corresponde a quem seria o responsável pela garantia e concretização de referidas normas constitucionais, que de acordo com José Afonso seria o Estado de maneira direta ou indireta, e este trabalho discutirá mais adiante a possibilidade de inserção de novos atores sociais para responder as demandas que surgem na era contemporânea. E o outro refere-se aos titulares das políticas de inclusão, já que a ‘universalidade’ dos direitos sociais exige medidas de redistribuição da riqueza nacional.

<sup>67</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 33-42.

<sup>68</sup> Esta corrente doutrinária estuda a concretização normativa da lei política com o fito de estabelecer uma nova formação social brasileira. Assim, a observância dos princípios e objetivos constitucionais e direitos fundamentais deverá ser um dado informador da similitude entre realidade constitucional e realidade social. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14, n. 54, São Paulo, jan. / mar. 2006, p.28-39. p. 28-29.

<sup>69</sup> Perez Luño reconhecendo a inclusão dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais dita: “*Tales derechos se distinguen de las libertades por su objeto y finalidad, completando así el marco de situaciones, necesidades e intereses personales y colectivos protegidos por el sistema general de los derechos fundamentales.*” PEREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 5 ed., Madri: Tecnos, 1993. p. 187.

trouxe para o campo nacional, através de seu artigo 5º, §2º, a proteção dos direitos humanos<sup>70</sup>, indivisíveis a nível global.<sup>71</sup>

Advoga-se, assim, a tese segundo a qual a implementação dos direitos sociais é responsável pelo exercício pleno da liberdade, a que os direitos de defesa clássicos aspiram<sup>72</sup>, funcionando como núcleos legitimadores do bem comum. Exige-se na sequência disso, uma reformulação doutrinária a partir da Constituição de 1988 para se dar concretude ao conceito de Estado Democrático de Direito e para dar respostas às reivindicações sociais levantadas à época.

### 2.1.1 Da relevância da dignidade da pessoa humana

A integração entre as duas primeiras dimensões de direitos eleva a figura da dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem jurídica. A concretização plena deste cânone constitucional implica quer abstenções estatais, quer a adoção e fomento de práticas positivas dos poderes públicos, a fim de garantir condições materiais e igualdade de oportunidades aos indivíduos.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Importa assinalar a diferença terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos. De maneira simplista, esta distinção tem funcionado como fator de dissensão no âmbito de aplicação e proteção, já que os primeiros são direitos essenciais positivados na lei suprema e os direitos humanos são os valores essenciais do indivíduo, protegidos a nível internacional, que visam salvaguardar a dignidade inerente à pessoa. Perez-Luno corrobora esta assertiva, contudo, expõe outro critério de diferenciação no qual afirma a ligação entre os direitos fundamentais e a noção de cidadania, enquanto os direitos humanos possuem uma conceituação mais geral, na qual todos os homens são titulares. *Ibid.*, p. 44-46. Além dessa caracterização dualista, percebe-se no atual contexto uma outra categoria, correspondendo aos “direitos fundamentais federativos ou de clube”, v. SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 22.

<sup>71</sup> Para uma análise mais acurada da proteção e implementação a nível global e regional dos direitos sociais, v. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 71, Belo Horizonte, jul. 1990, p. 7-55. O autor citado sustenta a superação da dicotomia entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, por outro, em decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos anunciada na Conferência de Direitos Humanos em Teerã em 1968 e corroborada na Resolução 32/130 em 1977, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Em linha contrária, José Alexandrino rejeita a indivisibilidade dos direitos humanos, v. ALEXANDRINO, José Melo. A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 15-37.

<sup>72</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 39 et seq.; ABROMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 2, n. 2, 2005, p. 189-223.

<sup>73</sup> Complak, contrariamente, sustenta a separação da dignidade do ser humano dos direitos socioeconômicos, tendo em vista que o Estado não pode, baseado neste valor axiológico, intentar uma uniformidade de vida pré-estabelecida. É que, segundo o mesmo autor, “a dignidade nunca pode pertencer a uma classe social, a uma opinião pública ou ao Estado”. Nesse sentido, a expressão ‘existência condigna’ não qualifica a pessoa humana, mas sim as suas condições de vida, sendo mais adequada a utilização de outro epíteto, como o atributo ‘decente’

A conceituação<sup>74</sup>, sentido e alcance da dignidade inerente à pessoa humana sempre foi campo nebuloso para a dogmática constitucional, pois, apesar de se expandir como uma categoria jurídica universal, deve levar em consideração os diferentes contextos históricos e sociais, aspirando, assim, a uma noção aberta e pluralística.

No campo dos direitos sociais, Pisarello<sup>75</sup> denota a preocupação existente em relação a um “relativismo extremo” e a um “universalismo usurpador”, considerando-os como ofensivos para a efetivação das normas consagradoras dos direitos de natureza social. A solução a adotar desemboca em um “universalismo pluralista”, no qual é possível antever a constituição de políticas públicas que têm em consideração a individualidade dos indivíduos mais desfavorecidos, através de um diálogo entre os órgãos estatais, as entidades privadas e a sociedade civil.

Por conseguinte, a fim de identificar o conteúdo objetivo subjacente ao valor da dignidade torna-se necessário fazer uso da neutralidade no campo religioso, filosófico e político, para que não prevaleça uma doutrina taxada como verdade absoluta e fundamentadora de atuações desarrazoadas.

O postulado da dignidade da pessoa humana<sup>76</sup> é um vetor norteador da aplicação, interpretação, integração e, ainda, parâmetro de limitação dos direitos fundamentais dispostos no ordenamento jurídico pátrio, bem como de todo sistema jurídico-normativo, incluindo os direitos fundamentais sociais.<sup>77</sup> Além disso, expressa-se como fundamento da própria República Federativa do Brasil, no art.1º, III da Carta Política, verificando-se assim uma evolução, já que em leis supremas anteriores existia, apenas, a vinculação com a

---

ou ‘conveniente’. COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. *Revista da ESMESC*. V. 15, n. 21, Santa Catarina, 2008, p. 107-120.

<sup>74</sup> Salientando o risco na conceituação da dignidade humana, contudo, asseverando que tal risco é inerente ao operador jurídico que não pode aplicar determinado valor ou instituto sem antes conceituá-lo ou o fazê-lo simplesmente expressando as diferentes formas de sua violação, afirma José Afonso da Silva: “A dignidade como complexo de atributos conformadores da singularidade e autonomia do ser humano, que o tornam, como fim em si mesmo, imune a toda e qualquer forma de coisificação ou degradação.” SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. V. 212, Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, p. 84-94.

<sup>75</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos...*, cit., p. 51-52.

<sup>76</sup> A dignidade como valor básico universal legitimador dos direitos fundamentais encontra substrato normativo no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

<sup>77</sup> A dignidade da pessoa humana figura como suporte axiológico para o limite material à modificação constitucional, isto é, a norma do art.60, §4º da CF/88 protege não apenas aqueles dispositivos, e sim os valores fundantes daquele recortes textuais, incluindo, assim, os direitos fundamentais sociais. TERRA, Eugênio Couto. Anotações sobre a (im)possibilidade de desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais. *Revista da AJURIS*. Ano XXVI, n. 81, Tomo I, Porto Alegre, mar. 2001, p. 66-75.

valorização da força produtiva laboral e a disposição dispersa dos direitos desta natureza, principalmente no âmbito da ordem econômica e social.

A identificação deste valor supremo como princípio de estatura constitucional coloca questões relevantes sobre a densidade da estrutura normativa específica e da aplicação nas decisões judiciais a partir de uma teoria da argumentação jurídica, já que os princípios são evidenciados como mandatos de otimização, podendo, em casos de colisão entre direitos, fazer o uso racional da ponderação. O atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso<sup>78</sup>, ao refletir sobre este assunto, distingue a eficácia dos princípios em três categorias: eficácia direta, interpretativa e negativa.

A eficácia direta implica a utilização do núcleo do princípio, assemelhando-se ao tratamento dispensado às regras. Assim, este centro impositivo dos princípios gera regras específicas e objetivas, que dispensam a utilização dos recursos da ponderação.

A eficácia interpretativa caracteriza o princípio como elemento condicionante da significação de outras normas jurídicas, auxiliando na argumentação para decisões justas, perseguidoras dos valores base do ordenamento jurídico pátrio. Logo, este valor principiológico funciona como parâmetro de hermenêutica constitucional e critério pedagógico-educacional<sup>79</sup>, uma vez que vislumbra elementos medulares da lei política e fornece critérios, limites e tarefas para uma boa governança, de um lado, e possibilita uma maior densidade da democracia participativa, de outro.

A terceira modalidade de eficácia - eficácia negativa - implica a inobservância de normas incompatíveis com o princípio questionado no caso concreto, tendo em vista a convivência desarmônica daquelas com os valores e fins perseguidos pela Carta Política.

Neste diapasão, o Estado, através da estrutura social do Direito<sup>80</sup>, detém a função de proteção deste valor inerente ao ser humano, seja a partir de uma dimensão negativa ou

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 123-150. p. 132-134.

<sup>79</sup> HÄBERLE, Peter. La dignidade como fundamento de la comunidad estatal. In: SEGADO, Francisco Fernández (Coord.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2008. p. 175-237.

<sup>80</sup> A jurisprudência brasileira ao enfrentar esta questão eleva a dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica vigente, servindo de suporte interpretativo em diferentes searas, como o RHC 94358/SC na esfera penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 94.358-SC, Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 29 abril 2008.

positiva, constituindo-se em violação de preceito constitucional o seu desrespeito ou omissão. Nas palavras de Barroso: “A moral sob a forma de Direito”.<sup>81</sup>

Importa realçar a importância do Cristianismo na formação e no desenvolvimento da noção de dignidade, já que esta orientação religiosa incita a ideia de que os homens foram criados à imagem e semelhança de Deus, expandindo a sua dignidade além da sua existência. Posteriormente, a concepção religiosa foi arredada do cerne da questão em favor da capacidade racional do homem como legitimador desta dignidade, havendo, assim, um avanço na formulação deste princípio a partir das lições kantianas.

A ideia do filósofo alemão<sup>82</sup> consistia em observar o homem a partir do valor da liberdade, exercida a partir do uso da racionalidade e da autonomia, fazendo com que o indivíduo submetesse suas ações aos padrões morais e se desvinculasse dos intentos meramente individuais.

O homem era considerado um fim em si mesmo, e, por isso, revestido de dignidade, atributo diferenciador dos demais, os quais, desprovidos de racionalidade humana, funcionavam apenas como meios. A concepção kantiana mesclava os valores jurídicos de pessoa humana e de dignidade, atribuindo-lhes a função de suporte do sistema jurídico e da vida em uma comunidade política.

Através da autonomia da vontade, o homem estabelece suas atitudes, isto é, o uso da razão materializa o postulado kantiano da dignidade humana, impondo aos indivíduos o respeito pelos seus semelhantes. Por sua vez, o indivíduo deve ser respeitado pelos outros<sup>83</sup>, em consonância com a figura do homem social e com uma dimensão comunitária deste fundamento constitucional.

A moralidade e a razão conferem legitimidade à formulação das máximas universais, que são tidas como regras objetivas exercidas com base na liberdade, e que possibilitam o funcionamento harmonioso da vida em sociedade.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. Princípio da dignidade..., cit., p. 138.

<sup>82</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

<sup>83</sup> Nas lições de Kant: “O dever moral é, pois, um próprio querer necessário seu como membro de um mundo inteligível, e só é pensado por ele como dever na medida em que ele se considera ao mesmo tempo como membro do mundo sensível.” *Ibid.*, p. 105.

<sup>84</sup> Manifesta-se a importância da educação na lição kantiana, funcionando como meio formador da humanidade e concretizador da dignidade. Contudo, a sua fixação no seio da espécie humana deve aliar-se ao exercício da liberdade. Caso contrário, torna-se opressão. PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. A dignidade humana: Kant e seus fundamentos. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. V. 6, n. 2, Rio de Janeiro, out. 2013, p. 51-68. p. 59-63.

Cumpra agora explicar as várias concepções da dignidade da pessoa humana, tendo em atenção que não é um valor elemento imutável, mas antes um elemento variável de acordo com o contexto histórico-social. Assim, verifica-se a dignidade do homem em sua vertente individualista, transpersonalista e personalista.<sup>85</sup>

A noção individualista advém do constitucionalismo liberal clássico, protetor do cidadão burguês face às ingerências estatais. Neste sentido, pugna por uma proteção da dignidade da pessoa humana em relação ao indivíduo, afirmando sua dimensão subjetivista.

No lado oposto, encontra-se a concepção transpersonalista que sustenta a defesa da dignidade, com um olhar voltado para a esfera coletiva. Esta concepção nega o individualismo egoísta da ideia anterior, implicando uma visão objetivista do postulado.<sup>86</sup>

E, por fim, a terceira noção – personalista – defende uma fusão entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, não havendo um estabelecimento prévio de superioridade do indivíduo nem da coletividade. Sustenta-se que a pessoa merece destaque e proteção, porque é parte integrante do tecido social. As suas reivindicações pessoais aliam-se ao influxo e progresso do Estado Social. Portanto, o fundamento deste princípio se aplica tanto em relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas.

Neste diapasão, a dignidade tem o sistema do Estado de Direito como escudo, uma vez que confere às pessoas o caráter de sujeito de direitos, e não o estatuto de mero objeto. Os instrumentos jurídicos materiais e processuais constituem um espectro de proteção e fomento contra as violações da dignidade, denotando sua versão negativa, funcionando também como meios viabilizadores de uma vida digna em sua feição positiva.

Na esteira progressista do constitucionalismo, os textos jurídico-normativos evidenciaram o elo entre a observância da Constituição, a garantia dos direitos fundamentais, a soberania popular e a dignidade do homem. O povo constitui o critério legitimador do exercício estatal, isto é, corrobora a máxima de que ‘o poder emana do povo’. Contudo, para tal afirmação constituir uma realidade fática, o povo deve ser o fim deste agir político-estatal. Assim, deve evidenciar-se a implementação real dos direitos fundamentais, inclusive os de

---

<sup>85</sup> SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217-219.

<sup>86</sup> Jorge Miranda nega o reconhecimento desta concepção de dignidade na Constituição, pois implicaria em lesões aos direitos individuais em nome de interesses coletivos. Verifica-se, segundo o mesmo autor, uma diferenciação terminológica entre dignidade da pessoa humana (concepção individualista, dirigida a um homem concreto e individual) e a dignidade humana (concepção transpersonalista). MIRANDA, Jorge. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. In: *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. São João do Estoril: Princípiã, 2006, p. 469-481. p. 472-473.

cariz social, em suas dimensões negativa e positiva, respeitando-se o valor central da dignidade da pessoa humana.

Revela-se, nesse sentido, uma plurissignificação da dignidade da pessoa humana tendo em conta o contexto histórico-político de cada nação. Assim, a aplicação deste princípio assume nuances diferenciadas, consoante o critério cultural de cada povo, além do seu aspecto geral de valor informador dos indivíduos como sujeito de direitos.

A entrada da concepção de dignidade da pessoa humana no plano jurídico ficou patente nas Constituições dos mais variados países, nos textos internacionais e até mesmo na jurisprudência das nações que não referem expressamente esse conceito na ordem interna, constituindo um amplo espaço de integração para argumentação e diálogo entre os mais variados atores, a fim de densificar e uniformizar o tratamento dispensado ao postulado da dignidade da pessoa humana.

### **2.1.2 Dos elementos (in)viabilizadores da unicidade do sistema de direitos fundamentais no contexto brasileiro**

Este tópico possibilita uma visão geral sobre os problemas que a doutrina especializada e a jurisprudência pátria enfrentam, no que concerne à perseguição de uma unicidade do sistema de direitos fundamentais expostos pela Lei Maior e, mais especificamente, quanto à necessidade de concretização dos direitos de segunda dimensão.

As próximas linhas mostram o intento do presente estudo em analisar as liberdades clássicas e os direitos sociais insertos em um círculo comum, já que de nada adianta existir liberdade sem a real possibilidade de fruição dela.

#### **2.1.2.1 A concretização dos direitos fundamentais sociais analisada a partir da perspectiva do núcleo essencial**

A promoção da dignidade humana encontra como óbice a escassez de recursos financeiros e econômicos, entrave que é tido como um dos motivos determinantes para a não concretização dos direitos sociais na vida da comunidade política.

Ao lado da dignidade da pessoa humana e da cláusula da reserva do economicamente possível, está o mínimo existencial como fator de entrelaçamento entre os dois fenômenos, buscando um melhor aproveitamento e rentabilização dos recursos disponíveis. Só assim se promove, efetivamente, o postulado constitucional e as normas jurídicas de cariz social.

Contudo, o legislador, apesar de sua vinculação, dispõe de uma margem de conformação política dada pela própria Lei Fundamental para determinar, configurar ou restringir tais direitos, desde que seja respeitado o conteúdo essencial das normas jurídico-constitucionais. Levanta-se, nesse caso, a figura dos ‘limites dos limites’<sup>87</sup> (*Schranken-Schranken*).

A restrição, verificada no seio das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, é explicitada sob a forma de impedimento à proteção insuficiente, ou seja, luta-se contra as medidas – ações ou omissões legislativas e governamentais – que não traduzem uma proteção eficaz nem o fomento dos direitos de natureza social.

Pairam muitas dúvidas acerca da determinação da figura do mínimo existencial, e pergunta-se quais seriam as prestações devidas pelo Poder Público para que se verificasse uma otimização deste conceito. Neste diapasão, existem teorias, como aquela que forma um elo entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos<sup>88</sup>, tendo em vista que a realização da essência de cada direito fundamental ensejaria a observância daquelas necessidades básicas.

A proteção do núcleo essencial do direito, concepção surgida no direito germânico<sup>89</sup>, a fim de evitar atuações desarrazoadas, principalmente no âmbito do Poder Legislativo, em virtude das violações dos direitos fundamentais ocorridas no período nazista, obriga a uma concretude mínima das normas jurídicas, seja em sua feição negativa ou positiva, condizente com o postulado da dignidade da pessoa humana.

Em uma leitura da ordem constitucional brasileira percebe-se que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais não se encontra positivada. Contudo, tal ausência normativa não legitima a afirmação de que o sistema jurídico constitucional brasileiro não abarca aquela garantia.

O reconhecimento do abrigo do conteúdo essencial é deduzido com base nos valores e bens jurídico-constitucionais protegidos, na fórmula organizativa de um Estado Democrático de Direito, bem como na limitação perseguida com a positivação das cláusulas

---

<sup>87</sup> Marcos Sampaio conceitua essa construção doutrinária atribuída, no primeiro momento, a Karl August Bettermann como: “Conjunto de restrições à atividade limitadora e configuradora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o propósito de impedir o eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou mesmo à supressão do direito em questão.” SAMPAIO, Marcos. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 518.

<sup>89</sup> O art.19, II da Lei Fundamental de Bonn positiva a figura do núcleo essencial dos direitos como limite aos limites dos direitos fundamentais.

pétreas. Deste modo, essa diretiva constitucional implícita se reflete nas decisões da jurisdição constitucional pátria.<sup>90</sup>

O debate acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais levanta duas teorias.<sup>91</sup> São elas a teoria absoluta e a teoria relativa.

A teoria absoluta visa proteger ilimitadamente o núcleo intangível de cada direito fundamental delineado abstratamente, o qual não pode ser restringido pela via legislativa nem pela análise de um caso concreto, mesmo que esteja em colisão com outro direito de mesma hierarquia. Exclui-se, assim, o requisito da ponderação explanado linhas acima.

A dignidade da pessoa humana é apontada como um parâmetro de aplicação e verificação da teoria absoluta, ao lado das particularidades de cada direito fundamental, uma vez que este postulado constitucional tende para uma unidade de toda a ordem jurídica, implicando a observação se a restrição imposta viola a existência digna do indivíduo e o interesse da coletividade.<sup>92</sup>

Para mais, está prevista na configuração da teoria absoluta a proibição do retrocesso, já que nela se oferece suporte para a identificação da violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em sua fase posterior, vinculando, com isso, os poderes públicos a uma atuação progressiva e eficaz junto às normas constitucionais em tempos de normalidade e estabilidade jurídica e social, como os objetivos perpetrados no artigo 3º da Constituição brasileira.

A doutrina<sup>93</sup> preconiza, ainda, a existência de duas espécies no seio desta teoria absoluta: a espécie do conteúdo absoluto-dinâmico e a espécie do conteúdo absoluto-estático.

A primeira defende uma unidade central intocável face a qualquer restrição. Contudo, o conteúdo desse núcleo pode ser modificado, de acordo com a realidade fática da sociedade. Nesta espécie procura-se que a essência do direito, delineada abstratamente, não sofra aplicações relativizadas em caráter de urgência. Pelo contrário, deve conseguir mover-

---

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3.540 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 03 fev. 2005.

<sup>91</sup> Vieira de Andrade analisa as duas teorias, contudo, evidencia uma eventual irrelevância no mundo prático, tendo em vista que implicam em resultados semelhantes. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 282 et seq.

<sup>92</sup> Esta questão adentra na análise das variadas concepções da dignidade da pessoa humana explanadas em linhas anteriores, defendendo-se, aqui, uma confluência entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

<sup>93</sup> SAMPAIO, Marcos. *Op. cit.*, p. 191-195.

se em harmonia com o desenvolvimento do constitucionalismo pátrio, a fim de otimizar a fruição dos direitos fundamentais.

Já a teoria absoluta de conteúdo absoluto-estático revela a característica da imutabilidade, uma vez que o núcleo essencial deve ser protegido ilimitadamente, não podendo sofrer alterações de acordo com os elementos fáticos e sociais da época. Esta espécie suscita críticas substanciais, posto que não atribui relevância à necessidade de imprimir dinamismo constitucional em relação às modificações sociais.

Nota-se que a teoria absoluta deixa em aberto a identificação do conteúdo da área nuclear protegida, podendo ficar desprotegido certo direito fundamental em virtude da incapacidade de o delimitar.

Importa salientar que esta vertente teórica pode implicar em uma visão errônea quanto ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais, tendo em vista a unidade perseguida pelo sistema jurídico constitucional e a necessidade de procurar soluções em caso de colisão dos direitos fundamentais.

Não admira, por isso, que tenha emergido um pensamento quanto à melhor solução a adotar em uma teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Nesta teoria, o centro protegido é definido com base nos valores, direitos colidentes, situações e circunstâncias observadas em cada caso concreto, a partir do uso racional da proporcionalidade, o que anteriormente não estava previsto.

O sistema de princípios de Alexy<sup>94</sup> fornece a base desta teoria, uma vez que exige a prática da ponderação dos bens jurídico-constitucionais em jogo no estabelecimento dos contornos da fatia nuclear, parte da estrutura normativa do direito fundamental.

Essa análise ponderada do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais exige uma forte fundamentação quanto à insuficiente ou desarrazoada prestação inquirida, em linha com a dimensão objetiva do sistema dos direitos fundamentais que propugna tais direitos como valores objetivos da ordem jurídica constitucional para toda a sociedade.

São tecidas várias críticas relativas à insegurança jurídica que pode gerar esta matriz teórica, já que o estabelecimento do conteúdo essencial do direito fundamental fica a cargo da jurisdição constitucional, ocasionando, muitas vezes, maior imprecisão do que a teoria

---

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 89 et seq.

absoluta, apesar dos esforços realizados para implantar parâmetros de controle das teorias da decisão e argumentação jurídicas.<sup>95</sup>

A densificação do conteúdo essencial fica, muitas vezes, limitada em virtude da teoria da reserva do possível. Contudo, como dito anteriormente, esta teoria não pode figurar como obstáculo absoluto para a implementação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista a jusfundamentalidade dúplice – formal/material - e a necessidade de proteção da fatia nuclear dos direitos fundamentais, sob pena de violação constitucional por ação ou omissão.

Assim, em virtude de uma maior concretização constitucional pelo órgão jurisdicional, principalmente no âmbito das normas definidoras de direitos sociais, levantou-se a querela da reserva do possível, ou seja, a não implementação de direitos perseguidores de uma justiça social com fundamento em um elemento extrajurídico de existência de recursos disponíveis.

Este obstáculo econômico-financeiro é levantado pela perspectiva clássica, que sustenta a natureza relativa dos direitos sociais, tendo em conta que estes pressupõem atuações estatais positivas, dependentes da realidade econômica do país. Nesse caso, esses direitos exigem uma densificação legislativa, já que a sua completude não se esgota *per se* nas normas constitucionais.

Entretanto, a exigência de recursos públicos para a concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que ambas as categorias possuem custos<sup>96</sup>, não desonera a Administração da instituição de políticas públicas eficientes consagradoras de um justiça social. Embora na realidade brasileira seja possível reconhecer a existência destes recursos, eles são utilizados de maneira errônea e desarrazoada, perseguindo interesses próprios ou relativos a uma pequena parcela da sociedade<sup>97</sup>, ficando a mercê de estruturas com maior poderio econômico, por causa da abertura globalizante dos mercados financeiros.

---

<sup>95</sup> Para um aprofundamento acerca das teorias da decisão e argumentação jurídicas como meios para superar os decisionismos judiciais, cfr. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>96</sup> Acerca desta temática revela-se acertadas algumas expressões, como “direitos não nascem em árvores”, v. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; ou como expressa Nabais: “porque não são dádiva divina nem frutos da natureza” e que não há “direitos de borla”, v. NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 51-83. p. 52. Inadmissível deixar de apontar uma das obras mais referenciais acerca desta questão, cfr. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York • London: W. W. Norton & Company, 2000.

<sup>97</sup> Dinaura Gomes aborda a questão da inefetividade dos direitos sociais expondo dados quantitativos que demonstram a desigualdade social da realidade brasileira. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 13, n. 53, São Paulo, out./dez. 2005, p. 40-54.

A verdade é que todos os direitos, incluindo os de primeira dimensão, têm custos financeiros e estruturais para o Estado<sup>98</sup>, funcionando os direitos prestacionais como garantia da efetiva fruição dos direitos de liberdade clássicos.

Assim, todos os direitos dependem da arrecadação tributária do Estado, seja de forma direta, através dos tributos percebidos, ou indiretamente, através das isenções e renúncias fiscais estatais, como é o caso da isenção tributária aos templos religiosos, normatizada na Carta de 1988.

A eficiência na realização dos direitos cumpre um papel de pacificação social<sup>99</sup> e estabelece uma relação mais harmoniosa entre os componentes do contrato social rousseauiano. A sociedade sente-se, então, mais motivada para participar ativamente dos rumos perseguidos pelo Estado quando este vai ao encontro das suas necessidades e expectativas.

Logo, a eventual limitação de recursos deve servir como elemento para uma escolha de prioridades (*tragic choices*), a ser realizada pelo poder Legislativo e Executivo, na fase legiferante e executória de concretização dos direitos fundamentais sociais através das políticas públicas.<sup>100</sup> O fito principal é o de perseguir sempre uma igualdade material consubstanciadora de uma justiça social.

Assim, a alegação de uma omissão no campo social devido à ausência de recursos econômicos deve ser produzida de maneira contundente e justificada.<sup>101</sup> Além disso, deve estar sujeita ao controle por outros poderes, como forma de progresso de um processo democrático e garante de direitos fundamentais.

Nos países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, a insuficiência de um rol de prestações materiais e a precariedade dos serviços públicos que deveriam garantir um

---

<sup>98</sup> Nesta linha de pensamento, leia-se: “*Contemplados en su faceta poliédrica, puede decirse que todos los derechos comportan, en realidad, un amplio abanico de obligaciones exigibles ante los poderes públicos: desde obligaciones negativas de respeto hasta obligaciones positivas de promoción y satisfacción, pasando por obligaciones de protección frente a vulneraciones provenientes de particulares y actores privados.*” PISARELLO, Gerardo. *Los derechos...*, cit., p. 61-62.

<sup>99</sup> PASSOS, Fabio Luiz dos. Direitos sociais como ferramentas de pacificação social: considerações sobre o custo dos direitos. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*. Ano II, v. 8, n. 8, Porto Alegre, abr. / maio 2012, p. 50-57.

<sup>100</sup> Pisarello traz informações acerca da proteção dos direitos sociais a nível internacional, consubstanciadas através das Observações Gerais, relatando diretivas concernentes à concretude de alguns direitos sociais, como o direito a uma alimentação adequada, o qual se compreenderia como sendo a disponibilidade de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades nutritivas dos indivíduos, sem substâncias nocivas. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos...*, cit., p. 68-72.

<sup>101</sup> *Id.* Derechos sociales en el constitucionalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXI, n. 92, México, maio/ ago. 1998, p. 439-456. p. 454.

arcabouço mínimo de condições fomentadoras de uma existência digna, afasta a cláusula obstacularizadora de uma reserva do possível. A menos que se criem, através da fundamentação exposta no diálogo democrático e pluralístico, medidas alternativas menos custosas, com um objetivo comum, não se conseguirá evitar a propagação futura da seguinte afirmação: “O Brasil é um país rico, onde vive uma nação pobre”.<sup>102</sup>

O Estado de Direito, entendido como fórmula de organização da unidade política soberana que evidencia o primado do direito e a disposição da sociedade, amparada por uma ordem jurídico-normativa, encontra substância na supremacia da lei constitucional de cada Nação, que dispõe os elementos norteadores e legitimadores de todo o sistema jurídico, propiciando uma atuação dos poderes públicos fundamentada nas finalidades e desejos da sociedade civil, que, em tese, estariam explicitadas no direito positivo vigente com a observância da representatividade democrática.

Este novo contexto jurídico-normativo e a arquitetura socioeconômica do modelo de organização política conhecido como Estado Social, trouxeram à baila o princípio da socialidade, que propunha novos contornos da atuação estatal. Esta deveria pautar-se por uma ingerência reguladora e criadora de mecanismos viabilizadores de uma igualdade material e de elementos para uma vida digna da sociedade. Deste modo, o princípio social é marcado pela observância, respeito e cumprimento dos direitos de segunda dimensão.

Como dispositivos constitucionais consagradores desta preocupação com o meio social no plano jurídico brasileiro pode-se aventar o art. 3º, que preceitua os fundamentos da República Federativa do Brasil e vários outros do Título da Ordem Social. Os direitos sociais específicos encontram-se dispostos atualmente no Capítulo II do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) no artigo 6º e noutros artigos esparsos, ao longo da Carta Política brasileira de 1988.

#### 2.1.2.2 A fundamentalidade dúplice dos direitos fundamentais

A partir de uma análise estruturante e topológica da Lei Maior brasileira, nota-se que o legislador constituinte, sujeito competente de acordo com o princípio democrático, inseriu a categoria dos direitos sociais ao lado dos de liberdades clássicas, evidenciando o caráter de fundamentalidade de ambos. Reflete-se também a confluência das duas dimensões: enquanto a primeira tem como valor fundante a liberdade, a segunda privilegia

---

<sup>102</sup> SAMPAIO, Marcos. *Op. cit.*, p. 214.

a igualdade material. Estes dois vetores não ‘sobrevivem’ isoladamente, ou seja, sem a verificação um do outro.<sup>103</sup>

É interessante salientar que a lei política brasileira não comporta no seu interior nenhuma diferenciação quanto ao regime jurídico dos direitos de liberdade clássicos e dos direitos sociais. Propõe uma aplicabilidade direta e imediata a ambas categorias de direitos fundamentais, ao contrário do que acontece com a Constituição lusitana, tema melhor abordado no item seguinte.

A unicidade constitucional, manifestação do carácter dúplice de fundamentalidade, estabelece um vínculo existente entre os direitos de liberdade, os direitos políticos e os direitos prestacionais. A confluência, a integração e a implementação desta trilogia abarca a natureza material da Lei Fundamental<sup>104</sup> e reflete-se em uma democracia substancial, espelhada nos valores de liberdade, de igualdade e de justiça social.

A fundamentalidade na sua dimensão formal advém da previsão constitucional de direitos tidos como fundamentais pelo legislador originário. Trata-se da positivação na ordem jurídica interna dos direitos do homem (concepção jusnaturalista), em virtude da sua relevância na transformação da realidade da comunidade política.

O aspecto formal encontra-se evidenciado em relação aos direitos sociais, uma vez que estes estão inseridos no Título II da Carta Magna, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, protegidos de eventuais modificações realizadas deliberadamente pelos legisladores ordinários.

Nesse sentido, verifica-se a intenção do legislador constituinte em abarcar os direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais no constitucionalismo pátrio contemporâneo, já que outrora a disposição de tais normas encontrava-se limitada na parte textual referente à Ordem Económica e à Ordem Social.

Surgem dúvidas em relação aos direitos dispostos em outros espaços constitucionais, como os do Título VIII – Da Ordem Social. Entretanto, através de uma

---

<sup>103</sup> Nestes termos: “*Porque la libertad sin igualdad no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad; (...) mientras que la igualdad sin libertad no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder.*” PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>104</sup> Ensina Reis 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 bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos.” NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010. p. 250.

análise sistêmica da Lei Política e da “cláusula especial de abertura”, expressa pelo art. 5º, §2º da CF/88, tais direitos são tidos como fundamentais, por refletirem e pormenorizarem os direitos fundamentais sociais intitulados no artigo 6º do mesmo diploma normativo.

Portanto, a topologia da Carta Política expressa a fundamentalidade formal dos direitos de natureza social, já que se relaciona com a constitucionalização destas normas, possuindo vários elementos caracterizadores, como a localização das normas definidoras de direitos perseguidores de uma justiça social no ápice do ordenamento jurídico pátrio; funcionam como parâmetro vinculante da atuação dos poderes públicos; são objeto de limite formal e material à revisão e emenda constitucional, como expresso no artigo 60º da Carta Política brasileira e, ainda, possuem aplicabilidade imediata<sup>105</sup>, como preceitua o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988.<sup>106</sup>

O caráter formal torna-se insuficiente na conceituação e caracterização de um direito fundamental, pois existem direitos denominados como fundamentais que não estão no catálogo destes. Podem estar dispersos ao longo do texto constitucional, em tratados internacionais ou decorrerem ainda de princípios e do próprio regime constitucional, através da cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Lei Maior.

Contudo, o foco deste estudo é a análise dos direitos fundamentais sociais positivados na ordem constitucional, ou seja, tanto os dispostos no catálogo do art. 6º da Constituição Federal como aqueles que estão disciplinados no Título VIII, concernente à Ordem Social.

Torna-se imperioso salientar a importância do critério material no que concerne à inserção dos direitos de segunda dimensão no rol dos direitos fundamentais, principalmente em relação aos que se localizam fora do catálogo do Capítulo II - “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

---

<sup>105</sup> A jurisdição constitucional adota a posição de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, incluindo os direitos a prestações em sentido estrito. Contudo, afirma a prerrogativa do Legislativo e do Executivo na formulação e implementação das políticas públicas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 410715 AgR / SP. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 03 fev. 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 594018 AgR/SP, Relator: Min. Eros Grau. Diário de Justiça da União, Brasília, 07 agosto 2009. Na literatura especializada, Sarlet sustenta sabiamente que o preceito do artigo 5º, §1º enuncia uma norma de valor principiológico, pelo que incute a ideia de máxima eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais, somente podendo ser afastada mediante necessária fundamentação. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 271-286.

<sup>106</sup> Negando a regra da aplicabilidade imediata aos direitos prestacionais em razão da disposição topológica de tais normas, cfr. GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Esse caráter da fundamentalidade traça o elo existente entre os direitos tidos como fundamentais e os núcleos essenciais e diretivos da Lei Maior, ou seja, o aspecto material denota os valores perseguidos pelo legislador constituinte na construção e evolução da sociedade brasileira, vinculando a atuação dos poderes públicos nesta função transformadora.

Torna-se, portanto, relevante a análise dos direitos fundamentais em relação à sociedade, além da atribuída aos indivíduos como pretensões jurídicas, titulares na relação jurídica.

Assim, um direito materialmente fundamental seria aquele que comportasse um alto valor para a prossecução de uma realidade intentada pelo legislador originário. Devendo tal direito fundamentar-se em valores supremos e que pudessem servir de suporte para decisões no campo político e jurisdicional, consagradores da dignidade das pessoas.

Os direitos fundamentais sociais manifestam um caráter material no que concerne à sua fundamentalidade, pois funcionam como instrumentos de realização dos objetivos perseguidos pelo Estado brasileiro, sendo vetores de realização de um “equilíbrio social”<sup>107</sup>, assim como viabilizadores de uma justiça social, baseada no postulado da dignidade da pessoa humana.

A fundamentalidade dos direitos sociais compreende-se a partir de uma concepção de justiça intrinsecamente ligada à noção de liberdade. Ora, a liberdade real só se verifica com a presença de condições mínimas para uma vida digna e livre, incluindo tanto os bens e benefícios sociais quanto as capacidades de oportunidades das pessoas. Liga-se a isto o valor da igualdade, isto é, a fruição de uma liberdade plena exige a combinação de uma liberdade jurídica com uma liberdade fática, condições que possibilitem a realização dos objetivos pretendidos, verificando não apenas a disposição dos direitos na lei política, normatizados meramente como fórmulas vazias, mas sim a capacidade de um exercício efetivo pelos cidadãos.

Dito isto, observa-se que os direitos prestacionais funcionam como meios de efetivação dos direitos de liberdade clássicos, denotando a confluência de ambas as categorias, tendo em vista o gozo de uma liberdade substancial no seio da comunidade política.

---

<sup>107</sup> CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 182.

Assim, no estudo da fundamentalidade, principalmente em seu aspecto material, avulta a análise do valor norteador da dignidade da pessoa humana<sup>108</sup>, até porque os direitos fundamentais devem pautar-se por essa diretriz constitucional a fim de evitar que todos estes direitos não passem de meras declarações políticas.

A dignidade da pessoa humana, como valor que visa uma existência condigna, exige não só as abstenções dos direitos de defesa clássicos, como também atuações estatais positivas, que implementem melhores condições de vida para a atual geração e para as vindouras. Trata-se de um critério hermenêutico consignado na inclusão dos direitos positivados tanto no artigo 6º da Constituição Federal, como nos disciplinados no título referente à Ordem Social no mesmo diploma legal.

O valor da dignidade da pessoa humana é caracterizado como um ponto comum entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, tendo em vista que ambos são manifestações negativas e positivas daquele valor. Verifica-se, então, a imposição e garantia pelos poderes públicos de condições materiais para a real fruição da liberdade e da igualdade, expressando, assim, a unicidade da Lei Política.

Ana Carolina Olsen<sup>109</sup> aponta ainda como critérios materiais para a identificação dos direitos fundamentais na ótica normativa brasileira o critério da importância e da substância. Estes são elementos necessários para a manifestação da fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais dispersos ao longo do texto constitucional, uma vez que analisam a relevância de tais dispositivos, equiparando-os às normas jusfundamentais, próprias do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

A dificuldade de classificação dos direitos fundamentais é por demais evidente<sup>110</sup>, face à amplitude do catálogo destes direitos na ordem constitucional positiva brasileira. São inúmeros os critérios objetivos utilizados nessa identificação, bem como sistematizações de

---

<sup>108</sup> Vieira de Andrade menciona o postulado da dignidade da pessoa humana como critério material de identificação dos direitos fundamentais, ao lado de outros dois critérios: subjetividade e garantia. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 83 et seq.

<sup>109</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. 378p. Curitiba, 2006. p. 32-33.

<sup>110</sup> Alexy, preocupado com esta dificuldade na classificação dos direitos sociais, sugere uma caracterização calcada em três critérios estruturais (direitos subjetivos ou deveres objetivos; normas vinculantes ou não vinculantes e direitos e deveres definitivos ou direitos e deveres *prima facie*) e informa dois modelos de reconhecimento destes direitos com base em seu grau de realização, sendo eles o programa minimalista, o qual propõe a proteção dos direitos de cariz social ligados ao mínimo existencial, constituindo o autêntico rol de direitos sociais fundamentais, e o programa maximalista, defensor da plena concretização de todos os direitos sociais. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 484-486.

direitos com estruturas jurídicas diferentes; são ainda variadas as funções decorrentes da dupla dimensão dos direitos fundamentais, aspecto que será retomado mais adiante.

Sustenta-se, neste ponto, a posição amplamente divulgada na doutrina constitucional de diferenciações quanto ao grau de efetividade dentro do próprio elenco dos direitos sociais, por abarcar direitos com estruturas normativas diversas, levando também em conta os fatores econômico-financeiros de cada Estado.

Daí que a posição defendida neste estudo, fortalecida pelos instrumentos de efetividade analisados no próximo capítulo, seja a de garantia e justiciabilidade dos direitos prestacionais ligados ao mínimo existencial, tendo em vista que devem ser garantidas condições de uma vida digna a todos.

Os pensamentos voltados para uma negação dessa fundamentalidade<sup>111</sup> apontam, primeiramente, para o caráter absoluto e homogêneo das liberdades públicas. Por seu turno, os direitos sociais são dotados de caráter relativo e heterogêneo, e estão à mercê das circunstâncias histórico-políticas do Estado.

Contudo, a integração das liberdades tradicionais em uma concepção jusnaturalista encontra-se empregada, em certo grau, erroneamente, uma vez que as correntes jusnaturalistas contemporâneas conferem um caráter mais amplo aos direitos naturais, abarcando elementos históricos e sociológicos no desenvolvimento do Direito Natural.<sup>112</sup>

Os direitos sociais não são menos sólidos do que as liberdades tradicionais que fundamentam o valor da liberdade, pois não adianta o indivíduo possuir direitos de liberdade sem existirem os meios necessários para a sua fruição, ideia que tem sido insistentemente defendida neste estudo.

Outra das críticas que se podem aventar diz respeito à titularidade de ambas as categorias de direitos fundamentais, pois enquanto as liberdades tradicionais têm os indivíduos como titulares, nos direitos sociais os grupos consubstanciam a parte ativa do direito em testilha.

---

<sup>111</sup> O debate em torno das posições contrárias à fundamentalidade e os respectivos contra argumentos pode ser revisitado a partir da análise dos ensinamentos de Perez-Luño. PEREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Op. cit.*, 205-213.

<sup>112</sup> Herrera estabelece esta não similitude entre os direitos sociais e os direitos naturais, por serem institucionalizados a partir do momento de concepção de uma sociedade, justificando, assim, a difícil questão acerca da sua implementação. Porém, esse não é o único critério válido para fazer uma diferenciação categórica dos direitos fundamentais. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102, São Paulo, jan./dez. 2007, p. 371-395. p. 372.

Este juízo reveste-se, no entanto, de alguma incompletude, já que os titulares de ambas as categorias podem assumir a forma individual ou coletiva.<sup>113</sup> Os entes coletivos podem reivindicar a proteção de uma liberdade tradicional, como a inviolabilidade do domicílio, e a titularidade dos direitos sociais. A princípio, a proteção parte do indivíduo, ou seja, tem um fim primeiro pessoal, individual e concreto, podendo o indivíduo fazer parte de um grupo social, objetivando uma melhor tutela dos seus objetivos.

A análise da fundamentalidade dos direitos atravessa a problemática da estrutura do direito fundamental e a questão da eficácia das normas constitucionais, tendo em vista um regime jurídico impositivo de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, e de vinculação dos poderes públicos a estas disposições.

### 2.1.2.3 Uma perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais

Atravessado o campo nebuloso da fundamentalidade dos direitos sociais, é mister observar que, apesar de uma conceituação clássica dos direitos de segunda dimensão como direitos de natureza prestacional, que exigem uma atuação positiva dos poderes públicos, esta se configura como uma ideia limitada dos direitos fundamentais. É que, na sua generalidade, o rol dos direitos fundamentais define-se pela sua multifuncionalidade, reveladora da necessidade de um agir público, bem como a observância da função negativa destes direitos, como expressa o art. 9º da Carta Fundamental brasileira em relação ao direito de greve.

Primeiramente, cumpre assinalar a classificação clássica atribuída ao constitucionalista alemão Georg Jellinek, que considera como vértice a relação entre Estado e indivíduo, contribuindo favoravelmente para uma teoria de direito público subjetivo, tema abordado linhas a frente. Para este filósofo existiam quatro <<status>> diferenciadores.

O <<*status passivus*>> ou <<*status subjectionis*>>, no qual o indivíduo se encontra em posição de subordinação relativamente às exigências do Estado, e este possui o poder de vincular o indivíduo por meio de obrigações, deveres e proibições. Nesta posição, o indivíduo seria um mero detentor de deveres e não de direitos.

A segunda categoria de status refere-se ao <<*status negativus*>> que tem o intuito de limitar a intervenção do Estado na vida privada das pessoas, conferindo-lhe, assim, a tão

---

<sup>113</sup> Asseverando uma titularização individualizada ou individualizável dos direitos sociais, rejeitando tal crítica, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 47; PISARELLO, Gerardo. *Derechos sociales...*, cit., p. 446.

sonhada e proclamada liberdade da concepção liberal-burguesa do século XVIII. Assim se compreende que esse *status* também seja denominado <<*status libertatis*>>.

A terceira disposição concedida por Jellinek, <<*status positivus*>> ou <<*status civitatis*>>, confere aos indivíduos a possibilidade de exigir ações do Poder Público, com o intuito de concretizar os direitos regulados pelo legislador constituinte. Essa atuação positiva do Estado pode ocorrer de forma material, com o fornecimento de medicamentos, através da efetivação de políticas públicas habitacionais, da construção de hospitais, ou ainda normativamente com a ação do legislador ordinário, no sentido de possibilitar uma maior concretização da Lei Fundamental.

Por fim, o quarto item da classificação, <<*status activus*>> ou <<*status activus civitatis*>>, corresponde aos direitos viabilizadores de uma participação efetiva dos indivíduos na vida política do Estado, seja por meio da escolha dos representantes, seja através de mecanismos de participação direta, que correspondem ao exercício da cidadania.

Portanto, segundo o autor, os quatro “*status*” formariam uma linha ascendente, na medida em que o primeiro se inicia com a sujeição do indivíduo em relação aos poderes públicos (*status passivus*); passando para a concepção liberal de não interferência do Estado (*status negativus*); depois, atribuindo a possibilidade de exigência de prestações estatais (*status positivus*), e, por fim, chegando a efetiva participação da sociedade no poder político (*status activus*).

A complexidade do tema é grande, na medida em que se reconhece a existência, a nível global, de classificações distintas nos variados sistemas jurídico-constitucionais, como o brasileiro e o português. Neste tópico concernente à análise do direito positivo brasileiro, seguem-se as orientações de Ingo Sarlet.

Com efeito, a conhecida esquematização proposta por Jellinek influenciou o entendimento de Sarlet<sup>114</sup> que demonstra a complexidade, a vivacidade e a mutação do Direito, ao entrelaçar as dimensões dos direitos. O autor afirma que tanto os direitos a prestações quanto os direitos de defesa, possuem uma esfera positiva (que reclamam uma atuação do Estado e dos outros particulares) e uma negativa (que procura evitar interferências estatais e individuais indevidas).

O referido autor exemplifica tal manifestação citando o direito à moradia, com implicações em atividades do Estado que promovam a garantia deste direito, nomeadamente

---

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, cit., p. 181 et seq.

as políticas públicas de habitação, expressando a feição positiva, e a ação de vedação da penhora, explicitando, ainda, sua feição negativa.

Uma análise estrutural da Carta Política expõe que as normas definidoras de direitos fundamentais de cunho social encontram-se disciplinadas sob a forma de princípios ou regras. Ambas são técnicas de positivação das normas jurídicas, sendo diferenciadas pela maior determinabilidade da última categoria.

Em virtude da supremacia e força da Constituição<sup>115</sup> não se admite que as suas normas sejam aceites como meros enunciados retóricos, ou seja, devem ter um mínimo de eficácia, através de meios jurídicos que garantam a produção de efeitos, como a ação de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção, tidos como mecanismos de tutela dos direitos positivados.<sup>116</sup>

Em uma perspectiva normativa pode-se estruturar as normas constitucionais, sistematizando-as em: (i) normas programáticas; (ii) normas de organização; (iii) direitos públicos subjetivos e (iv) mecanismos de garantia. Saliente-se, como outrora afirmado, a posição de caracterização dos direitos sociais que perfazem o núcleo do mínimo existencial como direitos subjetivos.

As normas programáticas possuem o caráter de normas diretivas da ação estatal e dos operadores jurídicos. Porém, privadas de eficácia direta, não constituem verdadeiros direitos ou faculdades, nem obrigações para os órgãos estatais que sejam tuteláveis juridicamente. São normas de caráter essencialmente político, que procuram que a ação dos governantes se canalize no sentido de satisfazer, na medida das possibilidades econômicas do Estado, as pretensões materiais da comunidade, com vista à promoção de uma sociedade mais igualitária e justa.

Já as normas de organização estabelecem mandados aos poderes públicos, sob forma de atribuição de competências para garantir, mediante normas jurídicas, o desenvolvimento econômico, social e cultural da coletividade. Nesta perspectiva, ao

---

<sup>115</sup> As fragilidades constitucionais são evidenciadas por diversos autores na era contemporânea em virtude da globalização econômica, entre outros fatores. Suzana Tavares afirma que: “(...) caracterizado pela reconstrução do jurídico segundo um processo bottom-up, em que a norma deixa de ter como principal função a prescrição de condutas para passar a apresentar-se como um mecanismo para “facilitar formas de acção”, perdendo dimensão política e valorativa.” SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais...cit.*, p. 16.

<sup>116</sup> Sustentando que, apesar da necessidade de outras estruturas normativas para serem concretizados, os direitos prestacionais detêm força jurídica em um grau diferenciado, v. FRASCATI, Jacqueline Sophie Perioto Guhur. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n. 63, São Paulo, abr./jun. 2008, p. 81-129. p. 88-89.

inserir-se alguns direitos econômicos, sociais e culturais nesta estrutura, eles saem da parte dogmática da Constituição e são situados no âmbito orgânico-constitucional e considerados somente como instrumentos que regem o funcionamento dos poderes estatais, evidenciando o viés essencialmente político.

A caracterização dos direitos sociais como direitos públicos subjetivos confere caráter de verdadeiras faculdades às pessoas e obrigações prestacionais ao Estado, destacando, assim, o aspecto intersubjetivo desta categoria.

A caracterização da natureza de direito subjetivo, inicialmente inserida no campo do direito privado e depois perspectivada pelo prisma do direito público, suscitou um intenso debate e uma evolução significativa<sup>117</sup>, encontrando nesse caminho várias teorias que procuravam explicar o conteúdo desta categoria jurídica pelos mais variados motivos.

O jurista alemão Windscheid baseava, inicialmente, o conceito de direito subjetivo na vontade do indivíduo, funcionando o Direito como instrumento de ordenação destas vontades individuais para estabelecer uma convivência pacífica na sociedade. Afirmava o autor que o direito subjetivo consistia no “poder ou domínio de vontade conferido pelo ordenamento jurídico”<sup>118</sup>. Esta noção foi duramente criticada, uma vez que a existência de um direito independe do desejo de seu titular, como se percebe pelo reconhecimento de direitos às pessoas incapazes. Assim, o pandectista germânico reformulou a sua teoria, transmudando a concepção de vontade, anteriormente individual, para uma vontade normativa.

Combatendo a teoria da vontade windscheidiana, Jhering criticava não só o elemento da vontade individual (meio viabilizador do direito, mas não inserto na concepção de norma jurídica, verificando-se, apenas, em um momento posterior a este imperativo), como a vontade jurídica abstrata, pois os direitos existem para a satisfação e proteção dos interesses da vida, mas não para a realização daquela, incluindo uma análise teleológica no

---

<sup>117</sup> Saliente-se o trajeto evolucionista da categoria de direito público subjetivo exposto por Vasco Pereira. Este autor traz os desenvolvimentos de Bühler – fase do surgimento – que afirma que a referida matéria assenta em três pressupostos de existência: norma jurídica vinculativa, intenção legislativa de proteção de interesses individuais e consagração de meios de tutela jurisdicional para a proteção desses interesses. SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 116-117.

<sup>118</sup> WINDSCHEID apud DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo: história de um debate. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). *Direitos humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 229-268. p. 233.

direito, calcada nos fins sociais da norma jurídica, ou seja, o direito é uma prática mutável graças à transformação paralela dos interesses dos membros da sociedade.

Assim, ligando a concepção de direito subjetivo aos interesses da vida, Jhering afirma que os “direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos”<sup>119</sup>, dividindo a noção em dois elementos: o interesse como o núcleo protegido do direito subjetivo e a ação, que seria a capa protetora deste direito. Salienta-se que, neste momento, a análise encontrava-se inserida no campo do direito privado.

A transposição para o direito público da noção de direito subjetivo encontrou muitas dificuldades, tendo em vista a quase inexistência dos direitos dos indivíduos, pois no Estado Absolutista, modelo recorrente na época, imperava o direito do soberano e os deveres dos indivíduos. Aliado a isto, ainda teria como obstáculo o fato de os ramos do direito público não possuírem instrumentos que possibilitassem a resolução dos conflitos entre o Estado e os súditos.

Jellinek, autor da teoria eclética dos direitos públicos subjetivos, conseguiu a inserção da concepção de direito subjetivo na esfera pública ao harmonizar os núcleos das duas teorias analisadas anteriormente, isto é, a da vontade e a do interesse, concebidas para utilização no campo privado das relações jurídicas. Jellinek sustentava que o “direito subjetivo é o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou um interesse”.<sup>120</sup> Assim, considerava como imprescindível, para a caracterização de um direito como direito subjetivo, a vontade individual. Porém, não se deve tratar de uma vontade abstrata, mas sim daquela que tivesse como conteúdo um interesse nos moldes jheringianos.

Para a distinção de utilização na seara pública ou privada referiam-se às finalidades dos interesses, ou seja, caso fosse um interesse predominantemente de fins gerais, a norma que o reconhecia juridicamente era de direito público, sendo a pessoa encarada como um membro da comunidade política. Contudo, caso estivessem presentes interesses individuais, a norma era de direito privado.

Assim, os direitos públicos subjetivos referem-se a uma posição privilegiada dos indivíduos na seara processual – legitimidade de agir – para a proteção dos interesses reconhecidos juridicamente.

---

<sup>119</sup> JHERING apud *Ibid.*, p. 244.

<sup>120</sup> JELLINEK apud *Loc. cit.*

Quanto à amplitude do conceito de direito público subjetivo para algumas normas constitucionais relativas à questão social, Vieira de Andrade<sup>121</sup> levanta a querela da aplicabilidade do referido conceito como empregado na seara do direito privado, tendo em vista que tal noção exige uma determinação plena do conteúdo. Assim, sustenta o autor a existência de uma ligação entre a caracterização de um direito como direito subjetivo e a figura da necessidade do núcleo essencial, sob pena de aumentar de forma exorbitante a atuação da jurisdição constitucional, juízes do Palácio Rattón no caso português, incorrendo, assim, o risco de transmutação para um “Estado Judicial”.

Já Perez-Luño<sup>122</sup> aduz que a dificuldade em qualificar os direitos de natureza social como direitos subjetivos se encontra na concepção originária da estrutura normativa, pois a figura do direito público subjetivo foi institucionalizada para limitar a atuação estatal, em decorrência da contribuição da doutrina jusnaturalista, enquanto os direitos sociais impõem uma prestação positiva.

Contudo, este estudo defende uma posição similar àquela que encontramos no pensamento de Clarice Duarte.<sup>123</sup> A autora sustenta que as normas calcadas nos valores do Estado Social também devem ser vistas à luz da concepção de direito subjetivo, uma vez que tais dispositivos constitucionais refletem os interesses perseguidos pelo indivíduo ou deste como membro da comunidade.

Por fim, o conceito dos mecanismos de garantias, que são garantias institucionais que estabelecem deveres de atuação para os poderes públicos no âmbito econômico-social relativos a um direito fundamental, a fim de respeitar a essência de determinadas instituições ou corpos intermediários da sociedade, como são a família, os sindicatos, as organizações profissionais, etc. Importa evidenciar que estas garantias institucionais não concedem diretamente posições ou faculdades subjetivas aos cidadãos. Contudo, funcionam como fatores relevantes na interpretação da lei e da Constituição no âmbito dos direitos sociais.

Apesar da coexistência de estruturas normativas, a realidade constitucional vigente na seara brasileira afirma a aplicabilidade imediata de ambas as categorias de direitos fundamentais (art. 5º, §1º), contrariando a afirmação de que os direitos sociais não possuem

---

<sup>121</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 113; 144-146.

<sup>122</sup> PEREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Op. cit.*, p. 186.

<sup>123</sup> Nas palavras da autora: “A incorporação de tais interesses ao conceito precisa ser feita, sob pena de o instituto não cumprir sua função social, tal como previsto por Jhering. Esse passo precisa ser dado na compreensão do conceito, sob pena de incorrerem em uma interpretação mecânica e extemporânea do instituto.” DUARTE, Clarice Seixas. *Op. cit.*, p. 267-268.

eficácia jurídica.<sup>124</sup> Se assim fosse, a Carta Política teria uma função meramente simbólica, como adverte Marcelo Neves.

A doutrina constitucional, com base na matriz germânica, infere uma topologia objetiva e subjetiva aos direitos fundamentais, expressando as responsabilidades dos poderes públicos em suas variadas vertentes na efetivação dos direitos prestacionais.

A visão do direito fundamental, na sua perspectiva objetiva<sup>125</sup>, implica uma noção de proteção da coletividade, buscando a efetividade do direito para toda (ou pelo menos boa parte) da comunidade política, funcionando como valores objetivos do sistema jurídico. Assim, a dimensão objetiva tem em conta deveres de comportamento para os poderes públicos, com o intento de realizar os fins pretendidos pela norma<sup>126</sup> de direito fundamental em testilha.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe a vinculação e a atuação dos poderes públicos na sua concretização, seja a partir da regulamentação pelo Legislativo, da formulação de políticas públicas e do reajustamento de recursos pelo Poder Executivo, seja, pelo cumprimento da função hermenêutica do sistema constitucional exercida pelo Judiciário, funcionando tais direitos, inclusive os de natureza social, como parâmetros de constitucionalidade.

Essa eficácia vinculativa, expressão da dimensão objetiva do sistema de direitos fundamentais, advém do alto teor de normatividade jurídica expresso na lei suprema, decorrente da ordem hierárquica de normas.

A atuação do legislador detém uma certa discricionariedade assente na sua liberdade de conformação política. Contudo, esta não é absoluta, em virtude das condições econômicas e políticas do Estado e da realidade social fática existente ao tempo da criação das normas jurídicas. Assim, restando presentes os pressupostos fáticos, financeiros e

---

<sup>124</sup> Admitindo uma superação da doutrina jurídica, de origem norte-americana e italiana, defensora da existência de normas ‘não autoaplicáveis’ no seio do direito constitucional, salientando, todavia, a diversidade de graus de eficácia e densidade, v. HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 26 et seq.

<sup>125</sup> Os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva podem ser sistematizados e positivados como: normas de competência negativa, verificando a constitucionalidade de normas ordinárias no plano abstrato; critérios de interpretação e de conformação de toda a ordem jurídica; e, por fim, princípios de natureza prospectiva ou programática a concretizar pelos poderes públicos na medida do possível, vinculando os órgãos estatais a atuarem de forma permanente na concretização dos valores perseguidos objetivamente pela Lei Fundamental. SILVA, Vasco Pereira da. *Op. cit.*, p. 130-132.

<sup>126</sup> Para uma reflexão acerca da diferenciação existente entre norma e enunciado normativo, v. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010. p. 51 et seq.

normativos, a não concretização do dever de legislar representa uma omissão inconstitucional.

O papel da Administração sinaliza como um dos mais relevantes na seara da concretização dos direitos de cariz social, tendo em vista que a atuação político-administrativa é responsável pela ordenação e fomento de políticas públicas direcionadas à implementação de um modelo de bem-estar, evidenciando o protagonismo do “Estado-administrador”.<sup>127</sup>

Os limites da atuação administrativa surgem como um ponto de divergência, instigando os autores a perguntarem em que medida a Administração pode ou deve atuar com o fito de concretizar os direitos sociais, independentemente de uma atuação legislativa anterior, já que a maior parte das normas jurídicas definidoras de direitos sociais possuem uma reduzida determinabilidade de conteúdo.

Há autores, principalmente entre os expoentes do direito público, que advogam a observância total à reserva de lei<sup>128</sup>, exigindo uma concretização legislativa anterior à atuação político-administrativa.

Por outro lado, objetivando uma maior otimização da eficácia vinculativa dos direitos sociais, decorrente da sua dimensão objetiva, há autores<sup>129</sup> que sustentam uma maior amplitude da atuação da Administração, com base no critério de legitimação. As normas jurídicas, em geral, e não a lei em sentido estrito, passariam a funcionar como fundamento deste exercício. A ampliação do leque do agir administrativo decorre, assim, de uma autodeterminação da Constituição, ou seja, a relação da Administração Pública com a Constituição não necessita de uma mediação legislativa.

Este item discordante tem a sua importância mitigada, ao passo que uma atuação eficiente da Administração, após densificação pelo legislador, possibilita a real promoção dos direitos fundamentais sociais, sem que se torne necessária uma extensão no campo da atividade administrativa, que poderia gerar futuros problemas de violação do princípio da separação dos poderes e situações que não estejam disciplinadas pelo direito administrativo positivo vigente no país.

---

<sup>127</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 31.

<sup>128</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 839.

<sup>129</sup> Paulo Otero sustenta o respeito dos poderes públicos ao Direito, incluindo normas e princípios diretivos da ordem jurídico-normativa, ampliando o alcance do princípio da legalidade para uma juridicidade administrativa. OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 15; 733-743.

Outra questão que se coloca em relação à atividade administrativa é a concernente à não execução de leis hierarquicamente inferiores e contrárias à Constituição, ensejando, assim, em um ‘controle de constitucionalidade’ pelos órgãos da Administração.

A doutrina majoritária, tanto no âmbito brasileiro quanto português, e tendo em consideração as suas idiossincrasias, defendem a não aplicação de leis inconstitucionais.<sup>130</sup> Todavia, não se pretende constituir um controle de constitucionalidade, sob pena de incorrer em uma violação do princípio da separação dos poderes.<sup>131</sup>

A leitura brasileira decorre do dever de zelo que a Administração possui relativamente à Carta Política, bem como do posicionamento de que leis inconstitucionais não são capazes de gerar obrigação junto do poder estatal. O direito português<sup>132</sup>, contudo, procura uma maior limitação a este não exercício pelos órgãos da Administração, isto é, a regra é a de proibição da inércia administrativa, mesmo que ela tenha origem em uma inconstitucionalidade.

Finalmente, e falando ainda da importância da ação dos poderes públicos em prol da concretização dos direitos sociais fundamentais, cumpre referir o papel do Poder Judiciário, que atua com o fito de realizar estes direitos nos conflitos individuais (também chamados micro conflitos), e em ações de âmbito coletivo.

A atuação do órgão jurisdicional visa a interpretação, a integração e a aplicação das normas constitucionais, isto é, o desenvolvimento do direito constitucional fundamentado na eficácia máxima das suas normas, incluindo as diretrizes sociais, a partir de uma jurisprudência racional e consolidada<sup>133</sup>, protegendo o princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, estamos certos de que o caráter compromissório e dirigente da Constituição brasileira implica uma vinculação dos poderes públicos e da sociedade, ao

---

<sup>130</sup> Canotilho fala ainda em leis inexistentes quando sua aplicação conduza à afetação do núcleo dos direitos fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 444.

<sup>131</sup> Este ponto reveste-se de complexidade, por tratar-se do embate entre a vinculação da administração pelo princípio da constitucionalidade (respeito às normas constitucionais) e pelo princípio da legalidade (observância das disposições legais). Contudo, Canotilho manifesta uma certa prevalência do primeiro princípio, mas sem prejuízo do controle de constitucionalidade típico do órgão legitimado. *Ibid.*, p. 443-445.

<sup>132</sup> Paulo Otero apresenta esta excepcionalidade no que concerne à não aplicação da lei pelos órgãos administrativos, referindo situações em que a Administração fundamenta sua atividade em outras fontes de juridicidade. OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 990-992.

<sup>133</sup> Neste ponto, a questão é nebulosa; pergunta-se como se pode exercer um papel hermenêutico constitucionalmente adequado para a transformação da sociedade sem dotar as interpretações de decisionismos no atual contexto pós-positivista, a partir da mudança do paradigma metodológico e do novo constitucionalismo principiológico na compreensão e aplicação do direito. STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 291-323.

instituir objetivos que funcionam como parâmetros jurídicos para tais atuações. Contudo, isso não engessa as atividades estatais, em decorrência da conformação política do legislador ordinário legitimado democraticamente, da discricionariedade da Administração e das condições interpretativas da jurisdição constitucional, que se coadunam com o desenvolvimento da dogmática jurídica constitucional.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é complementada pela dimensão subjetiva, tendo em vista que um ser humano deve ser respeitado como parte do tecido social, tido como elemento de progresso do Estado Social, e também como indivíduo visto isoladamente, na medida em que necessita de um desenvolvimento pessoal para a sua existência digna. Tudo isto assenta em uma fundamentação subjetiva quando a norma consagradora de um direito estiver relacionada com os interesses de um indivíduo e com o desenvolvimento da sua personalidade

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais concede a possibilidade de o titular do direito violado se defender por via judicial com o fito de satisfazer tal disposição jurídico-normativa, formulando, assim, posições jusfundamentais. Salienta-se que a ação é o instrumento processual para a satisfação e para a proteção de um direito subjetivo, sendo errado o pensamento que a enxerga como conteúdo e fundamento do próprio direito.

Efetivamente, a dimensão subjetiva dos direitos sociais não tem o condão de retirar a importância de sua perspectiva objetiva. Pelo contrário, reveste-os de um caráter de duplicidade de funções dos direitos fundamentais, figurando como fator de conexão. É que, além de possuir a faculdade de requerer a implementação destes direitos perante órgãos estatais e o dever de instituírem meios e entidades que os concretizem, os direitos sociais funcionam como parâmetros para a interpretação de outras normas jurídicas com base nos valores perpetrados pela Carta Magna.

Sublinhe-se que uma restrição ou até mesmo a aniquilação de um direito fundamental, em um caso concreto, não implicará necessariamente uma limitação nem a sua eliminação no viés objetivo. Algumas vezes, ela torna-se uma medida necessária face aos limites fáticos e econômicos da Nação.

Essa perspectiva denota o grau de determinação dos direitos, tendo em vista que alguns são dotados de um maior densificação do que outros. Deve estabelecer-se uma diferenciação entre os direitos *self-executing* e os direitos carentes de uma mediação no plano político-legislativo. Não significa isto que exista, necessariamente, um dualismo entre

liberdades públicas e direitos econômicos, sociais e culturais. Porém, esta questão figura indubitavelmente como palco centralizador de polêmicas concernentes, sobretudo aos direitos de natureza social.

#### 2.1.2.4 Os dilemas da atuação judicial na busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais

Para finalizar a análise acerca da disposição dos direitos de segunda dimensão na dogmática jurídico-constitucional brasileira, levanta-se a problemática da efetivação das normas consagradoras de direitos sociais pelos órgãos jurisdicionais.

No constitucionalismo contemporâneo pergunta-se até que ponto a ingerência do Poder Judiciário na implementação e garantia dos direitos sociais não tem implicações como medida exorbitante de nítido caráter antidemocrático.

Defende-se nesse trabalho que a atuação judicial é necessária para a concretização e maior eficácia das normas constitucionais, em virtude da sua força normativa, pois a inefetividade do amplo catálogo de direitos previstos no seio constitucional é fator propulsor da visão pessimista por parte dos cidadãos. Esta atitude vem a ser denominada de “desestima constitucional”.<sup>134</sup>

Contudo, tem de se levar em consideração que a concretização dos direitos sociais imprime, sobremaneira, uma visão mais atuante dos dois outros poderes públicos, tendo em vista que a garantia de tais direitos se perfaz de maneira mais contundente e global com a formulação e implementação de políticas públicas. Por conseguinte, estas medidas têm implicações em um círculo de atividades, processos e atores, não se limitando a uma função meramente decisória do Poder Judiciário, que, na maioria das vezes, manifesta uma solução limitada a nível individual.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; KANAYAMA, Rodrigo Luís; A solvência absoluta do Estado vs. A reserva do possível. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. V. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 139-160. p. 142.

<sup>135</sup> Bockmann e Kanayama sustentam que a questão da ‘judicialização da política’ figura como solução no contexto de ‘desestima constitucional’. Contudo, esta não é a melhor solução, pois a melhor relaciona-se com a (re)organização das instituições através de uma gestão responsável. Logo, a atuação judicial no âmbito das políticas públicas deve ser comedida, pois pode produzir alguns efeitos negativos, como a usurpação da competência do Poder Executivo na decisão das despesas, antes ou depois de elaboradas as leis orçamentárias; o desrespeito ao planejamento de curto prazo – e, eventualmente, de médio e longo prazos do Estado consoante às finanças públicas; proibições e limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no que concerne à dívida pública e, finalmente, o risco de insolvência do Estado, salientando que esta se orienta em uma perspectiva diversa da insolvência privada. *Ibid.*, p. 150-151.

Manifesta-se, assim, o dilema atual relativo à ingerência do Poder Judiciário na seara das políticas públicas, tema que interliga diferentes percepções jurídicas quanto ao princípio da separação dos poderes, à discricionariedade administrativa, à margem de conformação legislativa, às condições econômicas e financeiras do ente estatal, à razoabilidade e eficiência da política adotada, ao ativismo judicial, entre outros fatores que exprimem a complexidade e diversidade da questão, sobretudo no atual contexto de instabilidade econômico-financeira.

A aceitação de uma atuação mais ampla ou o posicionamento de uma função mais contida estão normalmente ligados ao contexto histórico-social dos países, ao passo que as nações menos desenvolvidas, e com uma experiência de democracia mais recente, tendem a admitir um controle expressivo do Poder Judiciário na seara social, como se observa na realidade brasileira ou, de modo geral, no espaço latino-americano.<sup>136</sup>

Fato digno de nota e de fácil compreensão, em virtude do amplo espectro de desigualdades sociais, como o elevado número de pessoas a viverem no limiar de pobreza, os altos índices de desemprego, a existência de um grande número de analfabetos funcionais na sequência da baixa qualidade educacional, indicadores que, entre outros, refletem a displicência dos poderes públicos no campo social.

Com isso, a técnica de positivação constitucional adotada pelos constituintes de 1988 encontra apoio nestes indicadores sociais, ao catalogar e identificar os direitos sociais como direitos fundamentais. Tais direitos são abarcados por um regime jurídico único, que os caracteriza como direitos subjetivos, mesmo que em uma concepção limitada, relacionando o caráter subjetivo de alguns direitos sociais com um mínimo existencial.

A jurisprudência nacional<sup>137</sup> é cada vez mais favorável a uma atuação mais firme no que concerne à efetivação dos direitos sociais no decurso de uma omissão governamental.

---

<sup>136</sup> O caso “Cruz Bermudez” venezuelano configura-se como um importante exemplo de efetivação judicial de direitos econômicos, sociais e culturais. No caso referido, quase duzentas pessoas portadoras do HIV alegaram que o Ministro da Saúde não estava fornecendo os medicamentos prescritos pelos médicos, em particular os antirretrovirais. A Suprema Corte de Justiça da Venezuela determinou que o Ministro providenciasse os antirretrovirais, bem como toda a medicação necessária ao tratamento e ao diagnóstico da doença a todas as pessoas que residissem na Venezuela. Teria de desenvolver políticas e programas assistenciais para os portadores do HIV e fazer o necessário reajustamento orçamental para cumprir a ordem. Decidiu-se ainda que a decisão deveria favorecer não apenas os petionantes, mas todos os que estivessem em situação similar. Na Colômbia, a Suprema Corte decidiu que o Poder Público deve ser obrigado a fornecer a vacina para a meningite a todas as crianças carentes. YEPES UPRIMNY, Rodrigo. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 4, n. 6, 2007, p. 52-69.

<sup>137</sup> A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 contribuiu, positivamente, neste embate entre os poderes acerca das atribuições institucionais em relação às políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, ao estabelecer a legitimidade do controle judicial, sem relegar a liberdade de

Logo, o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo zelo e cumprimento da Lei Fundamental da República na seara brasileira, tem demonstrado nas suas tomadas de decisões a tendência da Corte para uma atuação positiva, no que concerne a garantia dos direitos sociais constitucionais em caso de inércia governamental, à luz de uma argumentação calcada em uma otimização dos valores da Carta Política, perseguindo, assim a máxima efetividade das suas normas, bem como a harmonização dos poderes públicos na diretiva da justiça social, através do controle e da atuação conjunta dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Contudo, é importante verificar a consistência dos fundamentos dessa “decisão judicial responsável”<sup>138</sup>, a sua adequação, necessidade e proporcionalidade, incluindo elementos que agreguem valores democráticos, como a participação dos indivíduos, das organizações e dos setores sociais no processo judicial, a fim de obter uma decisão e um caminho mais correto na prossecução da justiça social.

Nesse sentido, o presente trabalho sustenta uma atuação judicial racional tendente à observância e ao zelo das normas constitucionais definidoras de direitos de cariz social, interligando-a com as funções desempenhadas de maneira efetiva pelos demais poderes públicos. Cria-se, então, uma zona de confluência harmônica entre as diversas esferas de poder, no sentido de garantir os direitos fundamentais em suas variadas concepções.<sup>139</sup>

A fim de atingir tal intento, o órgão judicial deve analisar a ligação existente entre o direito social requerido, a sua necessidade e a sua caracterização como pressuposto de promoção da dignidade da pessoa humana, ao verificar a essência como condição de efetivação das condições materiais do mínimo existencial. Essa leitura jurisdicional passa pela verificação da violação de condições mínimas que assegurem uma vida digna. A comprovar-se, tal negligência provoca a morte das oportunidades de desenvolvimento da

---

conformação do legislador. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. Medida Cautelar na ADPF 45 / DF, Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 04 maio 2004.

<sup>138</sup> Trata-se de um termo utilizado por Luiz Henrique Araujo ao explicitar a mudança de paradigma da mera subsunção de uma regra a uma hermenêutica construtivista de otimização dos valores perseguidos pela Lei Política, fundamentando a relevante função do Poder Judiciário na persecução da justiça social ao lado dos outros poderes públicos. ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Análise dos direitos sociais constitucionais à luz da Retórica. *Revista de Informação legislativa*. Ano 50, n. 198, Brasília, abr./jun. 2013, p. 209-221. p. 212.

<sup>139</sup> Maria Paula Bucci manifesta-se favorável a um controle jurisdicional responsável, ao rebater os principais argumentos contrários a tal atuação, como a violação ao princípio da separação dos poderes, o problema do déficit democrático e as limitações técnicas do Poder Judiciário, o ferimento da margem de discricionariedade administrativa e, por fim, as questões econômico-financeiras. BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). *Direitos humanos, Democracia e República*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 693-711.

personalidade e dos planos de vida, concedendo uma vida “vegetativa” ao indivíduo, e fundamentando, muitas vezes, sua existência a desejos divinos.

A colheita de informações em relação às medidas adotadas pelo poder governamental, como a efetividade, os custos das políticas públicas, bem como a proposta de ações diversas pela comunidade política, por especialistas e por organizações não governamentais e demais interessados, com intuito de maior otimização dos direitos reivindicados, são diretivas para uma atuação mais racional decorrente de um processo judicial mais democrático e efetivo.

Em caso de incumprimento da ordem judicial, o Poder Judiciário pode adotar algumas medidas coercivas para tentar implementar o direito social em testilha, nomeadamente através da imposição de multas pelos dias descumpridos, ou de um eventual apuramento de improbidade administrativa, entre outras.

Pelo exposto, este controle deve ser realizado de maneira cautelosa, pois as escolhas, as prioridades, a análise dos recursos e meios de procedimento fazem parte da legitimidade democrática conferida ao Legislativo e ao Executivo. Assim, a prática judicial<sup>140</sup> deve utilizar como parâmetro a legalidade constitucional, sem olvidar a proporcionalidade e a razoabilidade na análise das medidas e dos fins perseguidos, para que não se proclamem normas constitucionais como promessas e compromissos políticos sem força normativa.

## 2.2 PANORAMA PORTUGUÊS

Após os delineamentos da ordem jurídica brasileira quanto ao tratamento dos direitos fundamentais, especificamente na seara dos direitos sociais, asseverando, como regra, uma unicidade do sistema constitucional de direitos fundamentais, é mister analisar nas linhas seguintes a disposição constitucional dos referidos direitos e algumas questões

---

<sup>140</sup> A jurisprudência sul-africana obteve um reconhecimento positivo no que concerne à decisão judicial pautada pelo princípio da separação harmônica dos poderes, no campo dos direitos sociais na solução dada ao caso *Government of Republic of South Africa and others v. Grootboom and others*. Neste célebre caso, discutia-se o direito à habitação adequada e a Corte Constitucional, calcada nos esteios da razoabilidade e proporcionalidade, não interferiu nas atividades típicas do Executivo e Legislativo, observando, assim, a discricionariedade e a liberdade de conformação destes, adotando uma posição mais contida. Contudo, afirma-se a justiciabilidade como característica dos direitos econômico-sociais. WICKERI, Elisabeth. *Grootboom's legacy: securing the right to access to adequate housing in South Africa? Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Economic, Social and Cultural Rights Series*. N. 5, New York, 2004. Disponível em: <<http://goo.gl/VHBVIi>> Acesso em: set./ 2014.

que com ela se relacionam, tendo em conta a existência de uma abordagem distinta do quadro normativo brasileiro.

### 2.2.1 Contextualização histórica

O elenco dos direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa foi, por diversas vezes, alterado substancial ou espacialmente ao longo do tempo, tendo, assim, momentos de uma elevada positivação e outros de demonstrado reducionismo.<sup>141</sup>

O campo dos direitos fundamentais revela-se como uma zona de difícil deslinde, já que integra interesses das pessoas em uma perspectiva individual e coletiva. Dessa forma, revela-se a complexidade e a heterogeneidade que permeia o sistema dos direitos fundamentais e os assuntos a ele conexos. O trabalho consiste, neste momento, em uma análise ampla do referido tema, a partir de uma regressão histórica e de um enfoque na concepção jurídico-constitucional dos direitos fundamentais.

No decurso da influência liberal, nos anos de 1822 a 1926, verificou-se a aplicação da trilogia clássica de direitos: liberdade, propriedade e segurança.<sup>142</sup>

A primeira Constituição formal portuguesa, datada de 1822, rompia com o sistema absolutista ao instituir uma monarquia constitucional, com a previsão da divisão dos poderes. O poder Legislativo possuía a supremacia em relação aos outros poderes e revestia-se de um amplo caráter liberal, característica relevante no contexto histórico da época e percebido em outros textos políticos, como o espanhol e o francês.

O constitucionalismo vintista positivou os direitos pessoais no Título I sob a epígrafe “Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses”, normatizando a liberdade tão aclamada neste período, assim como a igualdade jurídica pioneira no direito lusitano, apesar da sua evidente observação apenas a nível formal.

As disposições embrionárias dos direitos sociais também foram expressas sob a forma de imposições constitucionais, como o ensino da Mocidade portuguesa, a diretriz

---

<sup>141</sup> Tomemos por substrato, nesta revisitação histórica, as lições de Canotilho e Cristina Queiroz. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 130-131; 143; 152-154; 162-171; 182-183. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

<sup>142</sup> Isabel Moreira critica esta cronologia, afirmando que os direitos sociais, ainda que timidamente, figuravam nas Constituições Liberais, citando, a título exemplificativo, os artigos 237º e 238º (instrução pública e caridade) da Constituição de 1822; artigos 28º e 29º (garantia de socorros públicos e instrução) da Constituição de 1838 e artigo 3º (gratuidade do ensino primário) da Constituição de 1911. MOREIRA, Isabel. *A solução dos conflitos: liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 182.

segundo a qual rapazes e moças deviam aprender a ler, escrever e contar (art. 237º) e a criação de novos estabelecimentos de instrução pública (art. 238º).

Percebe-se, então, a constitucionalização de direitos sociais, em sua forma ainda incipiente, nas leis políticas legitimadoras do Estado Liberal, como também a confluência dos direitos de defesa clássicos e direitos de natureza social nos textos normativos do Estado Social e Democrático de Direito.

A edição da Carta Constitucional de 1826, assim denominada por ter sido outorgada pelo Rei sem passar pelo crivo das Cortes, órgão constituído pelos representantes da Nação, firmava-se como um compromisso entre os liberais, defensores da Constituição portuguesa de 1822, e os absolutistas, perseguidores do retorno ao regime monárquico anterior.

Os direitos fundamentais foram remetidos para o último artigo do texto jurídico, sob a fórmula “Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Portugueses”, trazendo muitos preceitos normativos da Constituição anterior, além de incluir direitos inéditos, relacionados com a liberdade de trabalho, cultura, indústria e comércio, expressa no art. 145º, §23.

Os direitos sociais, sob os mandamentos de imposições constitucionais, continuavam a ser reconhecidos, como a garantia aos socorros públicos (art. 145º, §29), a instrução primária (art. 145º, §30) e a criação de Colégios e Universidades, onde seriam ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes (art. 145º, §32).

A igualdade jurídica verificada no modelo vintista continua a figurar na ordem normativa. Contudo, verifica-se um alto grau de discrepância no seu interior, ao passo que o documento político de 1826 reconhecia expressamente direitos e garantias destinados à nobreza e à burguesia.

O movimento setembrista, perseguidor de uma legitimidade constitucional fundada no povo, conseguiu a formalização de um texto constitucional pactuado em 1838, isto é, um acordo entre o soberano e a representação nacional, instituindo, então, uma monarquia representativa.

A Constituição portuguesa de 1838 retorna com a sistematização do documento político de 1822 em relação aos direitos individuais, positivando-os na parte inicial da Lei. No que concerne aos poderes políticos, houve a eliminação do Poder Moderador, adstringindo o papel do rei a Chefe do Executivo.

O golpe de Estado de Costa Cabral em 1842 pôs fim à Constituição pactuada, retornando as diretrizes da Carta Constitucional, estabelecendo o seu terceiro período de vigência<sup>143</sup> (1842-1910) até a implantação da República em 1910.

Com a Constituição portuguesa de 1911 houve uma alteração do regime político, que instituía a República pela primeira vez na história lusitana, substituindo a sucessão hereditária (Rei) pela eleição política do Chefe de Estado (Presidente).

Em sequência do novo regime político houve a ascensão do elemento democrático. Contudo, surgia um modelo muito mais limitador e restrito do que a democracia substancial atual, como se percebe pela exclusão das mulheres no sufrágio.

Na seara dos direitos fundamentais, o documento constitucional manteve a base do arcabouço das liberdades públicas (art. 3º) do pensamento vintista, diferenciando-se pela positivação da liberdade religiosa, instituindo a laicidade.

Houve a inserção de uma cláusula aberta, reconhecendo a garantia de direitos tidos como materialmente fundamentais dispostos fora da Carta Política, sendo tal regra confirmada nas Leis Fundamentais posteriores, como sugere a Constituição portuguesa atual em seu artigo 16º/1º.

Em relação aos direitos sociais não houve uma mudança significativa em relação ao texto vintista, reconhecendo-se a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário elementar, o direito à assistência pública e a liberdade do trabalho apenas em sua feição negativa.

Em meados dos anos 20, mais precisamente com o golpe militar de 28 de Maio de 1926, institui-se o Estado Novo, período político de ideologia nacionalista e corporativista, caracterizado pela acentuação do intervencionismo estatal, pela centralização política e principalmente pela exclusão de liberdades sindicais.

O rol dos direitos e liberdades individuais encontrava-se expresso no art. 5º da Lei Política de 1933, possuindo, também, uma cláusula de abertura que abarcava direitos tidos como fundamentais que estavam fora deste catálogo constitucional.

---

<sup>143</sup> Apesar de ter sido o documento constitucional que mais tempo esteve em vigor, verifica-se várias alterações em seu texto através dos *Actos Adicionais*, como também a interrupção de sua vigência, sendo dividido em três momentos turbulentos na história portuguesa. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 147.

No que diz respeito aos direitos sociais<sup>144</sup>, o legislador constituinte de 1933 concedeu-lhes uma importância até então inexistente, identificando-os em vários dispositivos constitucionais, como os artigos 42º, 43º, entre outros. Contudo, não há uma equiparação de regime jurídico com os direitos e liberdades individuais, inexistindo, assim, uma efetivação adequada daqueles direitos, apesar de sua positivação constitucional.

O terceiro momento da evolução dos direitos fundamentais no âmbito português teve início com a Revolução de 25 de abril de 1975. A Constituição da República Portuguesa, datada de 1976, consagrou os antigos direitos. E mais: ao reconstruir a ideia de justiça constitucional, procurou dotá-los de real efetividade<sup>145</sup>, fundamentando-os no princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

Assim, o sistema de direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976 tem como fator legitimador este metaprincípio, em virtude das atuações arbitrárias e desarrazoadas do regime autoritário anterior<sup>146</sup>, sendo importante mencionar que foi a primeira e a única Carta Política lusitana a declarar este valor jurídico como base da República e de toda a ordem normativa. Recorde-se que na anterior havia uma menção, contudo, com significações e alcances distintos.<sup>147</sup>

A construção e o desenvolvimento da dignidade da pessoa lida com as questões histórico-culturais de cada Nação.<sup>148</sup> Contudo, no seu cerne vislumbram-se condições comuns para o fomento deste princípio, ou seja, apesar de eventuais particularidades, a

---

<sup>144</sup> O direito ao trabalho instituído pela Revisão Constitucional de 1951 não era tratado como direito social nesse momento, mas antes como um direito de liberdade clássico, pois não estava resguardando a possibilidade de qualquer do povo exigir um trabalho, e sim na liberdade de trabalho. MOREIRA, Isabel. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>145</sup> Afirmando a ideia de efetividade dos direitos fundamentais, Cristina Queiroz declara: “Fruto do labor do Tribunal Constitucional, instituído logo na I Revisão Constitucional, que põe termo ao período de transição, os direitos fundamentais são vistos como parte integrante de um “sistema de valores”, objectivo e plural, que deve ser respeitado e se possível optimizado.” QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais...*, cit., p. 36.

<sup>146</sup> A dignidade viu-se normatizada nos ordenamentos jurídicos de vários países, como a Alemanha e Espanha, partilhando a mesma base fundamentadora perseguida pela ordem portuguesa, como sendo os desmandos e crimes dos regimes autoritários.

<sup>147</sup> A dignidade da pessoa humana é dotada de vários sentidos, a depender da concepção que ela se origina, como um ideal religioso, racional ou científico. Além do mais, o conceito jurídico-constitucional de dignidade da pessoa humana sofreu evolução ao longo do tempo, pois passou de uma concepção individualista, na sede do “contrato social”, para se agregar a uma noção de sociabilidade, com a inserção do indivíduo no seio da coletividade. MIRANDA, Jorge. *A Constituição...*, cit., p. 469.

<sup>148</sup> O Acórdão 105/90 do Tribunal Constitucional português explicita que a criação e o desenvolvimento da matriz axiológica da dignidade da pessoa humana sofre implicações decorrentes do contexto histórico-cultural, ficando a cargo do legislador ordinário a concretização normativa deste preceito, em consonância com outros valores perfilhados pela Lei Fundamental, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade pelos órgãos competentes. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 105/90, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em: <<http://goo.gl/wGdX6N>> Acesso em: jul. 2014.

essência do postulado baseia-se na efetividade conjunta da liberdade e da igualdade<sup>149</sup>, pela qual o indivíduo possuirá um arcabouço protetor para evitar ou punir lesões aos seus direitos. Além disso, cria-se a oportunidade de acesso a bens materiais e a serviços públicos que concedam uma vida humanamente digna.

Nesta linha de pensamento perfilha-se a jurisprudência constitucional portuguesa<sup>150</sup>, que considera como uma das dimensões da dignidade da pessoa humana o direito a um mínimo de subsistência, seja em sua feição negativa, seja em sua feição positiva.

A ordem jurídico-constitucional portuguesa atual ilustra o caráter de Estado Social e Democrático de Direito, procurando assegurar o respeito e a garantia dos direitos sociais, assim como a participação de todos os grupos sociais no bem-estar da coletividade, consubstanciando a participação popular em uma democracia social<sup>151</sup>, sendo de fácil aceção a unidade do sistema constitucional dos direitos fundamentais na sua dimensão axiológica.

O ordenamento jurídico refletiu as mudanças ocorridas na sociedade, nas relações indivíduo-Estado e no plano político. A crescente industrialização e a evolução no campo tecnológico fizeram nascer uma sociedade de comunicação, caracterizada pela rapidez no fluxo das informações, gerando a noção de sociedade em sentido global ou mundial.

O novo modelo sócio-político de Estado sugeriu o aparecimento de uma nova gama de necessidades, ou seja, os indivíduos, carentes de condições que possibilitassem uma melhor qualidade de vida, passaram a reivindicar ações positivas dos poderes públicos, não se limitando à proteção das suas liberdades de feição meramente negativa.

Jorge Miranda<sup>152</sup> analisa a “igualdade social”, no momento de eclosão do Estado de Bem-Estar, como elemento viabilizador de efetividade da “igualdade jurídica”, típica da concepção liberal, já que não basta o formalismo da existência de direitos. É necessária a fruição efetiva dos direitos por parte dos membros da sociedade, ou seja, essa confluência

---

<sup>149</sup> Esta perspectiva da dignidade como fator legitimador para atuações de caráter negativo e positivo, ou seja, concretizador de uma liberdade e de uma igualdade substancial, como confronto à uma vida de “fome, miséria e incultura” é atestada por Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. *A dignidade...*, cit., p. 84-94.

<sup>150</sup> O acórdão 349/91 do Tribunal Constitucional português demonstra a vinculação desse mínimo de subsistência ao valor axiológico da dignidade da pessoa humana. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 349/91, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Alves Correia. Disponível em: <<http://goo.gl/TeJiRn>> Acesso em: set. 2014.

<sup>151</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 814.

<sup>152</sup> MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e ordem social. In: *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. São João do Estoril: Princípia, 2006, p. 45-84.

indispensável das categorias dos direitos de liberdade clássicos e dos direitos sociais adveio de uma releitura, amparada pelo princípio da solidariedade<sup>153</sup>, dos direitos abarcados no primeiro grupo, identificados pelos direitos, liberdades e garantias individuais.

Com a quarta revisão constitucional, datada de 1997, a Constituição portuguesa consagrou a solidariedade na epígrafe do art. 63º, conjuntamente com o direito à segurança social, expondo a urgência da participação popular nos rumos sociais a serem seguidos pelo país. Aí confluía uma série de atores, ao lado do poder estatal, para a concretização dos fins sociais perseguidos pelo modelo do Estado Social e Democrático de Direito.<sup>154</sup>

Também encontra referência constitucional à solidariedade no art. 66º/2º, alínea *d* - solidariedade entre gerações - objetivando a manutenção de qualidade e de quantidade dos recursos naturais disponíveis, através do seu aproveitamento racional, tendo em vista que os indivíduos da geração atual e da futura são dotados da mesma dignidade, fator legitimador do sistema de direitos fundamentais e critério que pode ser utilizado na reivindicação do surgimento de novos direitos ou, até mesmo, em releituras dos já existentes, dadas as inéditas necessidades e carências do mundo global.

Deste modo, deu-se a releitura de um valor moral, ético e natural para uma concepção jurídica, já que, inicialmente, percebia-se a ligação da solidariedade com a repercussão das ações humanas no seio da coletividade, tendo em vista a exigência, ou melhor, a dependência dos indivíduos do viver em sociedade, do se relacionar com os demais integrantes do corpo social. Assim, a própria essência ética da pessoa humana, consubstanciada pelos deveres de ajuda e auxílio, concedem a elevação da dignidade do ser humano. De acordo com as lições kantianas, a dignidade humana é o critério diferenciador entre as pessoas e as coisas, devendo, por isto, o princípio jurídico da solidariedade ser tutelado pelo Direito.

Essa perspectiva solidária, ao intentar inserir na consciência individual geral um certo grau de responsabilização perante os rumos a serem seguidos no plano político, social,

---

<sup>153</sup> Pontua Boaventura de Sousa Santos: “Existe solidariedade - nacional, profissional e intergeracional – que, através da mediação do Estado-nação é convertida em direitos sociais e econômicos e existe solidariedade social, originada quer na sociedade civil quer no Estado, a qual opera não através de garantias de direitos mas através do exercício da entreajuda ou ajuda aos outros, limitada pelos recursos, benevolência ou generosidade de quem a presta”. SANTOS, Boaventura de Sousa; FERREIRA, Sílvia. A reforma do Estado-Providência entre globalizações conflituantes. In: HESPANHA, Pedro; CARAPINHEIRO, Graça (Org.). *Risco social e incerteza: pode o Estado Social recuar mais?* Porto: Edições Afrontamento, 2002. p. 176.

<sup>154</sup> Sustentando a contribuição do princípio jurídico-constitucional da solidariedade na realização dos direitos de segunda dimensão, DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. *Revista de direitos e garantias fundamentais*. N. 3, Vitória, jul./dez. 2008, p. 31-48.

econômico e cultural, objetivando a evolução e o progresso da comunidade, direciona a atuação individual para a concepção dos deveres fundamentais, a qual constitui-se, na linha orientadora de Casalta Nabais<sup>155</sup>, de quatro camadas: deveres fundamentais de base liberal, como o dever de pagar impostos e a defesa da pátria; deveres advindos das conquistas de fundamento democrático, como o dever de sufrágio; deveres relacionados às lutas de cunho social, como o dever de frequentar o ensino básico; e, por fim, deveres ligados à questão ambiental.

Insta afirmar a não vinculação dos deveres fundamentais à consequência jurídica de aplicabilidade direta percebida quanto aos direitos, liberdades e garantias. Tal ocorrência deve-se ao fato de que os deveres fundamentais, apesar de gozarem do mesmo regime jurídico geral dos direitos fundamentais, quanto à observância dos princípios da universalidade e igualdade por exemplo, não encontram uma completa determinação e concretização a nível constitucional, sendo necessária, assim, uma conformação política do legislador ordinário a fim de estabelecer seu conteúdo e as respectivas sanções em caso de sua inobservância.

A noção dos deveres fundamentais impende perpassar a problemática de uma atuação individual e coletiva, pública e privada, responsável e favorável à uma racionalização dos bens públicos essenciais, tanto no âmbito quantitativo quanto no qualitativo, intentando melhores condições de vida para a atual geração e para a vindoura, debate que possui como um de seus ‘galhos’ a efetivação gradual dos direitos sociais na perspectiva da justiça intergeracional.<sup>156</sup>

Esse aspecto é calcado na importância do sentido de justiça para as atuais e para as futuras gerações no campo dos direitos fundamentais sociais, especificamente na seara de racionalização das políticas públicas que visam a concretização de tais direitos, tema que será melhor explanado mais adiante.

---

<sup>155</sup> NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-196. p. 169.

<sup>156</sup> Esse princípio é mais direcionado, pelo menos na doutrina brasileira, ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. DORNELAS, Henrique Lopes e BRANDÃO, Eraldo José apud COSTA, Hirdan Catarina de Medeiros. *O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação na renda de hidrocarbonetos: temática energética crítica na análise institucional brasileira*. Tese (Doutorado em Ciências) Programa de Pós-graduação em Energia- Instituto de Eletrotécnica e Energia / Escola Politécnica / Faculdade de Economia e Administração / Instituto de Física da Universidade de São Paulo. 342f. São Paulo, 2012. p. 34.

### 2.2.2 Os direitos sociais sob a ótica jurídico-constitucional portuguesa

Um olhar voltado para o sistema dos direitos fundamentais positivamente vigentes expressam reflexões sobre uma teoria jurídico-positiva destes enunciados constitucionais, ou seja, a forma como são estabelecidos na lei fundamental, seu sentido e alcance.

Inicialmente, cumpre esclarecer acerca da conceituação dos direitos fundamentais. Em uma análise abrangente, pode-se dizer que os ditos direitos são opções ético-políticas consubstanciadas em normas jurídicas constitucionais. Logo, encontram-se deste modo dispostos, uma vez que o legislador constituinte considerou-os suficientemente relevantes, dada sua ligação com os interesses dos membros da sociedade, seu poder de transformação da realidade e sua função de concretização no plano prático da dignidade humana.

Nesse sentido, são considerados como elementos estruturantes da ordem jurídico-constitucional. Logo, “não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”.<sup>157</sup>

A dimensão formal destes direitos, no sentido de sua constitucionalização, reflete um viés da sua jusfundamentalidade, tendo em vista que a unidade e a força normativa da Constituição devem ser observadas, de modo que todas as normas constitucionais possuam eficácia, mesmo que em diferentes graus, não podendo constituir-se em meras proclamações retóricas ou compromissos políticos de dado momento histórico.

Como demonstrado em tópico anterior do presente estudo, não se pode limitar a fundamentalidade de um direito ao seu aspecto formal<sup>158</sup>, tendo em vista a existência de direitos materialmente fundamentais sem a sua correspondente positivação. Torna-se necessária, então, a inclusão de uma cláusula de abertura com o fito de abarcar o conjunto destes direitos, como demonstrado pelo art. 16º/1º da Constituição portuguesa.

A jurisprudência contribui significativamente com a instituição de direitos fundamentais implícitos, através da interpretação evolutiva, que possui como dispositivo legitimador, a cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais expressa pelo art. 16º/1º do texto jurídico analisado.

---

<sup>157</sup> KRÜGER apud FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 73.

<sup>158</sup> Uma análise limitadora do ordenamento jurídico apenas com a observância formal das regras, sob o viés do positivismo puro, pode qualificar-se como embasamento jurídico de desvios de condutas, como as atrocidades verificadas na Alemanha contra os judeus, por não conceder margem de interpretação e densificação das normas jurídicas consoantes com os valores perseguidas pela lei política e por toda a sociedade.

A doutrina lusitana divide-se quanto ao cabimento desta “norma de *fattispecie* aberta”<sup>159</sup> para os direitos econômicos, sociais e culturais. O posicionamento adotado neste estudo perfilha os ensinamentos dos juristas Gomes Canotilho, Vital Moreira<sup>160</sup> e Jorge Miranda<sup>161</sup>, que são favoráveis à extensão do dito dispositivo constitucional para os direitos sociais.

Tal entendimento deve-se, primordialmente, ao fato de a redação original do preceito se deter apenas nos direitos, liberdades e garantias, havendo a alteração para a referência genérica aos direitos fundamentais pela Comissão de Redação, inculcando a ideia de inclusão dos direitos de natureza social.

O fundamento também paira sobre a questão de adotar, atualmente, o modelo Estado Social, mesmo que a crise financeira e econômica deste paradigma seja evidente em alguns países, principalmente nas nações europeias. Contudo, a dinâmica deste modelo estatal, a globalização e todas as suas consequências implicam o surgimento de novas necessidades, assim como o fomento pela atenuação constante das desigualdades.

O direito constitucional positivo lusitano, no que concerne à sistematização de direitos, diferencia os direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias (Título II da Parte I) e direitos econômicos, sociais e culturais (Título III da Parte I)<sup>162</sup>, determinando um regime jurídico específico para a primeira categoria e um regime geral para todo o elenco de direitos fundamentais.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 403.

<sup>160</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 116-117.

<sup>161</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2012. p. 199, 200.

<sup>162</sup> Jorge Miranda estabelece uma ordem dos direitos fundamentais para uma interpretação e aplicação harmônica e otimizada, apesar de não possuir similitude com a disposição formal na lei fundamental. Assim, para ele: 1 - Direitos, liberdades e garantias mencionados no art.19, nº 6, insuscetíveis de suspensão mesmo em estado de sítio; 2 - Direitos, liberdades e garantias pessoais comuns; 3 - Direitos econômicos, sociais e culturais comuns; 4 - Direitos, liberdades e garantias de participação política; 5 - Direitos, liberdades e garantias pessoais particulares e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; 6 - Direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de preceitos constitucionais fora do Título II da Parte I; 7 - Direitos econômicos, sociais e culturais particulares; 8 - Direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de leis gerais ou de regras de Direito Internacional; 9 - Outros direitos fundamentais constantes de leis ou de regras de Direito internacional. MIRANDA, Jorge. *A Constituição...*, cit., p. 480.

<sup>163</sup> Jorge Miranda introduz uma nova sistematização no que se refere aos regimes jurídicos, instituindo uma tríplex categorização: a) regime comum a todos os direitos fundamentais; b) regime comum, porém com diferenciações decorrentes da estrutura dos direitos; c) regime específico dos direitos, liberdades e garantias, de um lado, e regime específico de direitos econômicos, sociais e culturais, de outro. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 171.

O regime geral dos direitos fundamentais encontra-se calcado nos princípios comuns: universalidade e igualdade, expressos na seara constitucional pelos artigos 12º, 13º e 20º.

O primeiro dispositivo manifesta a diversidade na questão da titularidade dos direitos, ampliando o componente subjetivo de uma eventual relação jurídica para as pessoas coletivas, além do homem observado em sua individualidade, devendo ser respeitadas algumas restrições determinadas pelo legislador constituinte ou ordinário, como alguns cargos ou funções privativas aos cidadãos portugueses (art. 15º/2º e 3º).

Ao mesmo tempo que o princípio da universalidade propõe uma extensão para as pessoas coletivas, a ordem jurídico-constitucional, expressa pelo art. 12º/ 2º, seguida pela jurisprudência<sup>164</sup> e doutrina<sup>165</sup> portuguesas, manifesta uma limitação<sup>166</sup> quanto a esses “direitos subjetivos fundamentais por analogia”<sup>167</sup>, ao passo que exige a compatibilidade com a natureza destes entes e com seus fins, respeitando o princípio da especialidade, verificado no âmbito do Direito Civil, bem como uma amplitude diferenciada em relação às pessoas singulares.

A universalidade, como princípio informador do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, aplica-se também aos preceitos constitucionais consagradores dos direitos de natureza social, como se sustentou algumas linhas acima no presente estudo, tendo em vista que a titularidade destes direitos abarca todos os indivíduos, não retirando tal caráter o fato de as medidas públicas de concretização destas normas implicarem em uma adequação, ou seja, direcionem-se à determinadas pessoas em virtude de uma condição específica, como o desemprego. Assim, as prestações públicas materiais, consistentes no auxílio em situações de desemprego, são de titularidade universal. Contudo, apenas quando alguém se encontrar na situação específica será legítima a aferição do subsídio. Tal aplicação ganha sentido na busca pela igualdade substancial.

---

<sup>164</sup> O Acórdão nº 593/08 expressa essa diferenciação do princípio da universalidade quanto às pessoas coletivas em um caso concreto concernente à inviolabilidade de domicílio. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 593/08, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://goo.gl/Dr3WZN>> Acesso em: jul. 2014.

<sup>165</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 261-262.

<sup>166</sup> O Tribunal Federal Alemão aduz a teoria da ofensa indireta, ou seja, a extensão da proteção dos direitos fundamentais às pessoas coletivas verifica-se, apenas, com a observância de uma finalidade de realização no âmbito individual.

<sup>167</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 126.

A análise ora pretendida do art. 13º, expressão constitucional do princípio da igualdade, não se faz a título filosófico-ideológico, consubstanciada na concepção aristotélica da igualdade, institui-se no sentido de uma reflexão sobre o direito positivo vigente e a sua implicação na realidade da comunidade política.

A dimensão universalista dos direitos fundamentais ajuda a construir uma visão de direitos para todos os integrantes da sociedade, contudo, entre estes observam-se situações de vida ou fatores diferenciadores que ensejam a existência de normas jurídicas a fim de impedir práticas e atos normativos discriminatórios ou, até mesmo, em uma dimensão negativa deste princípio, ao se delimitar um tratamento igual para situações iguais e um tratamento desigual para situações desiguais.

Assim, o sentido normativo-constitucional do referido princípio implica a observância de uma igualdade jurídico-formal e jurídico-material, seja no momento da criação ou da aplicação da lei<sup>168</sup>, isto é, exige uma fundamentação séria, concreta, legítima e razoável para a utilização de diferenciações em instrumentos normativos que justifiquem a desigualdade com intento de igualdade.

Neste sentido, o valor da igualdade mostra uma faceta mais agregadora, pois revela as desigualdades, a fim de que se postulem e se concretizem medidas específicas, ou seja, funciona como critério regulador das diferenças e não como princípio pregador de uma igualdade em todos os planos para todos.<sup>169</sup>

A primeira categoria de direitos fundamentais, manifestada pelo amplo elenco dos direitos, liberdades e garantias, constituiu-se, no texto originário, como manifestação da noção de liberdade para todos, seja em sua dimensão civil ou política, confluindo o ser-

---

<sup>168</sup> Desejando indicar critérios objetivos para uma concepção da igualdade de forma mais justa e legítima no âmbito do controle de constitucionalidade judicial, Atria desenvolve três pontos: a reflexão do órgão julgador acerca da finalidade da regra, ou seja, o elemento justificador da diferenciação estabelecida no instrumento normativo; a qualificação constitucional desta finalidade, isto é, a vinculação da discriminação a interesses protegidos constitucionalmente, sob pena de estancar a análise da discriminação caso não encontre esse elo; e, por fim, presumida a constitucionalidade da lei, através da verificação dos dois elementos anteriores, o juiz constatará neste ponto se a medida diferenciadora do legislador foi justa e adequada para o intento perseguido, através de uma análise da racionalidade, proporcionalidade e imparcialidade do referido meio adotado. ATRIA, Fernando. Los peligros de la constitución: la idea de igualdad en la jurisdicción nacional. In: *Cuadernos de análisis jurídico*. N. 36, Santiago: Escola de derecho Universidad Diego Portales, 1997. p. 106-115.

<sup>169</sup> Atria manifesta uma visão pessimista da noção de igualdade, pois diz que a igualdade de oportunidades depende, além de sua configuração jurídica, de auxílios de ordem social, como o ambiente social onde a pessoa encontra-se inserida e também das capacidades individuais de cada ser, dificultando-lhe, assim, a sua real configuração. *Ibid.*, p. 95-105.

pessoa com o ser-cidadão. Essa denominação inclusiva de três elementos<sup>170</sup> corresponde aos direitos como posição jurídica que tem por objeto um bem específico da pessoa, como a liberdade física e a vida. As liberdades constituem escolhas livres individuais sem a ingerência estatal, e, por fim, as garantias, normas instrumentais que garantem outros direitos.

Com a Revisão Constitucional<sup>171</sup> de 1982 adotou-se o critério estrutural para a diferenciação das categorias jurídicas fundamentais, com a inclusão no Título II de direitos comuns a todos os cidadãos e de direitos dos trabalhadores, porém com estrutura normativa de direito, liberdade e garantia, subdividindo-se em três capítulos distintos, que abarcariam os direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos, liberdades e garantias de participação política e os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, sendo esta sistematização de suma relevância, uma vez que institui um regime jurídico-constitucional próprio a estes direitos e aos análogos<sup>172</sup> a eles (art. 17º da Constituição portuguesa), dotando-os de especificações promotoras de uma força normativa vigorosa.

Contudo, uma contraposição extrema de ambas as categorias de direitos fundamentais não se sustenta, tendo em vista sua interdependência, verificada na atenuação ou desprezo de alguns critérios diferenciadores<sup>173</sup>, como o “radical subjectivo” e o critério de “natureza defensiva e negativa”.

O primeiro critério que tem por função distinguir as normas de direitos fundamentais dizia serem os direitos, liberdades e garantias relacionados ao homem individual, fator que se encontra descaracterizado, ao passo que incluem nestes preceitos constitucionais referências aos direitos de organizações políticas e sociais.

O segundo fator diferenciador sustentava que o Estado seria o destinatário das normas jurídicas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e que estas impunham deveres de abstenção, sendo denominadas, por isto, de direitos de defesa (*Abwehrrecht*).

---

<sup>170</sup> Vieira de Andrade relata a problemática de verificação distinta dos três elementos, tendo em vista a unidade dos direitos fundamentais, ou seja, uma norma de direito fundamental pode conter aspectos de direito, liberdade e garantia, como o direito à proteção da intimidade privada. *Ibid.*, p. 115.

<sup>171</sup> Para uma análise sistemática das inovações trazidas pelas revisões constitucionais posteriores, v. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 167-171.

<sup>172</sup> Vieira de Andrade adota dois critérios para a identificação dessa natureza análoga: constituir-se como uma posição subjetiva individual ou garantia que se possa extrair a referência da dignidade da pessoa humana e que tenha essa estrutura uma determinabilidade a nível materialmente constitucional. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 186.

<sup>173</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 398-399; MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 100 et seq.

Contudo, verifica-se, além do ente estatal, as entidades privadas como sujeito passivo da relação jurídica, pois todos devem observância e zelo ao dever de respeito, assim como a imposição de obrigação de caráter positivo ao lado das obrigações de *non facere*.

Contudo, a doutrina portuguesa justifica o traço distintivo dos direitos, liberdades e garantias a uma aplicabilidade direta e imediata, pois não necessitam de regulamentação ou densificação a nível político-legislativo, já que se configuram como pretensões jurídicas individuais, ou melhor, como verdadeiros direitos subjetivos, o que justifica os limites concernentes às regras restritivas para estes direitos e as garantias de irrevisibilidade e a reserva de lei formal. Interessante destacar a existência de normas jurídicas consagradoras de direitos, liberdades e garantias que se normatizam através da ação do legislador ordinário.

Além destas características intrínsecas, pode-se citar a vinculação exercida sobre as entidades públicas e privadas. A concepção jurídico-constitucional de entidades públicas abrange todos os poderes estaduais e as pessoas coletivas de direito público nas suas mais variadas funções, como por exemplo, a extensão da figura do legislador para atos normativos emanados de diferentes órgãos de caráter público ou privado, mas que tenham força jurídico-normativa pública.

Já a vinculação em relação às entidades privadas, denominada de ‘eficácia horizontal dos direitos fundamentais’, rompe uma barreira de caráter liberal-burguês, pela qual os indivíduos perseguiram o valor liberdade face às ingerências dos poderes estatais, ampliando o leque subjetivo de respeito às liberdades públicas.<sup>174</sup>

Em relação à categoria dos direitos sociais, a sistematização do direito positivo português vigente ocupou-se por subdividi-lo em três capítulos: direitos e deveres económicos (art. 58º a 62º); direitos e deveres sociais (art. 63º a 72º) e, por fim, direitos e deveres culturais (art. 73º a 79º). Percebe-se, então, que a construção jurídico-constitucional brasileira e portuguesa inclui os direitos sociais como direitos fundamentais, contudo, revelam ter alcances distintos.

A maioria dos países europeus vislumbra diversas diferenças entre as normas definidoras de liberdades clássicas e as consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais, sustentando que esta categoria não constituiria autênticos direitos, não concedendo

---

<sup>174</sup> Sobre esta vinculação irrompem-se variados pensamentos, como o que nega a aplicabilidade nas relações privadas; a teoria da aplicabilidade mediata, que defende uma prévia interposição legislativa para que se possa atribuir tal vinculação, e a teoria imediata. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...cit.*, p. 448; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 234-238.

a possibilidade de uma exigência no âmbito jurisdicional, de modo que referidos preceitos correspondem a simples “objetivos” ou “fins” e funcionam como princípios vetores para uma atuação estatal voltada para o bem-estar coletivo.

Essa orientação foi amplamente difundida no continente europeu, tendo seguimentos tanto na doutrina jurídica como no direito positivo vigente dos países, como se percebe pela Lei Fundamental alemã, detentora da denominação de ‘Constituição sem direitos sociais’ e na Constituição espanhola de 1978<sup>175</sup>, que disciplinou as normas relativas à questão social como *principios rectores* da política social e econômica. Nota-se, então, que estes dois textos jurídicos são dotados de uma cláusula geral de socialidade. Importa salientar que a ausência de positivação constitucional de referidos direitos não afetam de forma substancial sua efetividade e concretização permanente e gradual, tendo em vista que países, como a Alemanha, detêm um quadro socioeconômico mais positivo do que outros que apresentam um extenso elenco de direitos prestacionais, contudo, configuram-se como cenários nos quais não há a necessária inserção de tais direitos na realidade da comunidade.

Saindo do quadro europeu, pode-se citar a Constituição norte-americana como um dos textos políticos que não positivaram os direitos sociais<sup>176</sup>, instituindo no catálogo dos direitos fundamentais só as normas jurídicas com estrutura normativa de direitos, liberdades e garantias. Verifica-se apenas na jurisprudência constitucional americana o suporte legitimador dos direitos sociais, qual seja o princípio da igualdade, instituindo, assim, um direito constitucional material através da evolução de decisões judiciais.

Em contraposição, existem posições em defesa da mesma vinculatividade jurídica de ambas as categorias de direitos fundamentais, expondo a relevância jurídica dos direitos sociais e desejando a máxima realização destes no plano fático.

Inúmeros juristas mesclam os dois pontos de vista anteriormente expostos, com o objetivo de captar e identificar na seara jurídica os componentes diferenciadores de ambas as categorias de direitos aqui analisadas, possuindo o fito de otimização na realização dos direitos abarcados pela questão social.

---

<sup>175</sup> Para uma reflexão acerca da eficácia jurídica das normas de matriz social no quadro espanhol, v. CUENCA, Encarnación Carmona. Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica. *Revista de Estudios Políticos*. N. 76, Madrid, abr./jun. 1992, p. 103-125.

<sup>176</sup> Referência feita a nível federal, uma vez que alguns direitos sociais encontram-se positivados no seio de alguns textos jurídicos estaduais.

Vieira de Andrade<sup>177</sup>, analisando a natureza das normas definidoras de direitos sociais (*Soziale Grundrechte*), afirma tratar-se de preceitos jurídicos impositivos, na medida em que exige a atuação dos poderes públicos, seja em função legiferante ou concretizadora, insistindo no caráter vinculativo destes dispositivos constitucionais e em sua força jurídica, consistindo em verdadeiros “deveres de legislação”, contudo, não constituem direitos subjetivos públicos, ou seja, o destinatário destas normas seria a figura do Estado, mas não os indivíduos.

Após a densificação do conteúdo da norma constitucional pelo legislador ordinário, o qual possui uma margem de conformação política, implicando em opções de prioridades (*tragic choices*), há a configuração do direito como direito subjetivo. Assim, o doutrinador português adota como melhor expressão de manifestação destas normas jurídicas o termo “pretensões jurídicas”, rejeitando denominações<sup>178</sup> que enfraquecem demasiadamente a finalidade destes direitos constitucionais.

Canotilho<sup>179</sup> partilha do entendimento de que a positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais permite a configuração do princípio da democracia econômica, social e cultural na realidade transformadora da sociedade<sup>180</sup>, não a vislumbrando como mera diretiva da atuação estatal, e sim revestida de posição jusfundamental subjetiva, já que conduz uma imposição constitucional de efetivação destes direitos, ensejando, em caso de inércia do poder público, uma situação de inconstitucionalidade por omissão.

No mesmo sentido, a posição do jurista Jorge Miranda<sup>181</sup> para quem não se pode negar o caráter de jusfundamentalidade das normas concernentes aos direitos, liberdades e garantias, bem como das consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais, em virtude da constante dialética entre liberdade e igualdade que os informa. Deste modo, enquanto a primeira categoria constituiria direitos de “libertação do poder” e “direitos à

---

<sup>177</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 359-360.

<sup>178</sup> Vieira de Andrade critica as expressões “situações jurídicas recomendadas”, “interesses legítimos”, “interesses legalmente protegidos”, “direitos condicionados” ou mesmo de “direitos naturais” por implicarem em uma secundarização dos direitos sociais. *Ibid.*, p. 361-362.

<sup>179</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 338-345.

<sup>180</sup> Suzana Tavares alerta o fato de que a democracia econômica e social, assim como o Estado Social sofreram significativas alterações, em virtude da mudança de paradigma econômico-social. Assim, surgiram noções dinâmicas, evolutivas e confluentes com outras áreas do saber, como a Economia. SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais...*cit., p. 112-113.

<sup>181</sup> MIRANDA, Jorge. O regime e a efetividade dos direitos sociais nas constituições de Portugal e do Brasil. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 319-343. p. 322-323.

proteção”, a segunda corresponderia a “direitos de libertação da necessidade”, e “direitos de promoção”.

Nesta linha de pensamento, há uma gama de autores<sup>182</sup>, encabeçados pelo jurista português Jorge Reis Novais, que perseguem veementemente uma teoria unitária dos direitos fundamentais<sup>183</sup>, a partir de uma reabilitação dos direitos sociais, tendo em vista não admitir uma diferenciação topológica dentro do catálogo dos direitos fundamentais, capaz de gerar um desigual nível de proteção jurídica, apesar da existência de diferenças concernentes às suas estruturas normativas, à natureza do dever estatal correspondente ao direito reivindicado no caso concreto e à distinção entre direito negativo e positivo.

A partir de uma visão alexyana de divisão dos direitos fundamentais, decorrentes das funções por eles exercidas na ordem jurídico-constitucional e das estruturas normativas que os consagram, obteve-se uma fragmentação triádica<sup>184</sup>: direitos a algo, liberdades e competências, a qual foi adaptada ao direito positivo português por Canotilho<sup>185</sup>, que fez uma nova distinção no que concerne aos direitos à prestações, podendo ser direitos à prestações originários, compreendendo as normas consagradoras de direitos de cariz social, já determinadas a nível constitucional, detentoras de uma estrutura normativa de regras definitivas, regulamentando, constitucionalmente, deveres estatais precisos de aplicação direta, e direitos à prestações derivados, aqueles dependentes de uma mediação concretizadora infraconstitucional.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> MOREIRA, Isabel. *Op. cit.*, p. 181 et seq.

<sup>183</sup> Rui Medeiros confere uma unicidade do sistema dos direitos fundamentais quanto à uma dimensão axiológica, percebendo que ambas as categorias de direitos fundamentais encontram sustentação no postulado da dignidade da pessoa humana. De outro lado, relata a diversidade existente entre as categorias em decorrência de suas estruturas normativas, tendo em vista que as normas relativas à matéria social encontram-se dependentes de uma atuação político-legislativa, contudo, admite a existência de algumas destas normas devidamente determinadas a nível constitucional ou a possibilidade de aplicação dos artigos 16º/1º e 17º da Constituição portuguesa às normas concretizadas a nível legal de caráter materialmente constitucionais, o que lhe confere um tratamento similar ao que foi despendido com os direitos de liberdade. MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. V. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 657-683.

<sup>184</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 186 et seq.

<sup>185</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 408.

<sup>186</sup> Sarlet relaciona os direitos originários e derivados a prestações com a medida de atuação do Poder Judiciário, afirmando que em ambas as categorias a atividade jurisdicional encontra-se limitada em decorrência do princípio da separação dos poderes e a conformação política do legislador ordinário legitimado democraticamente, contudo, na primeira relação jurídica o exercício dos juízes sofre um impacto mais intenso, tendo em vista que este corre o risco de inferir na função legiferante quanto à densificação do conteúdo dos direitos prestacionais; e, na segunda categoria, a ação judicial não detém o aporte técnico para a organização de políticas públicas e para analisar todos os riscos decorrentes delas. SARLET, Ingo Wolfgang. *Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos*. In: LINEIRA, Miguel Ángel

Este baixo teor de densidade constitucional da categoria dos direitos sociais fundamenta a opção por regimes jurídicos diferenciados na ordem normativa interna portuguesa, sendo denominados de “camaleões normativos”<sup>187</sup>, dada a sua instabilidade e imprecisão normativa, reconhecendo, assim, a dependência de uma intervenção do legislador ordinário no que concerne à regulamentação das normas constitucionais definidoras de direitos de cariz social<sup>188</sup>, contudo, sustenta-se o carácter gradual da realização de tais direitos.

Além da questão da indeterminabilidade do conteúdo, os autores<sup>189</sup> consagram a supremacia hierárquica das normas definidoras de direitos, liberdades e garantias, em virtude de sua independência de fatores externos, ao passo que há uma vinculação da efetivação dos direitos sociais à uma reserva do possível.

Apesar das referidas diferenciações que a dogmática constitucional estabelece entre as categorias de direitos fundamentais, salientamos anteriormente que elas possuem vários pontos convergentes, não podendo, assim, classificá-las com o mais extremo radicalismo.<sup>190</sup> Um destes pontos de convergência relaciona-se com os deveres estatais, assunto no qual há uma tripartição: dever estatal de respeito; dever estatal de proteção e o dever estatal de promoção.<sup>191</sup>

O primeiro dever, que se relaciona com a ideia de respeito à capacidade individual de se alcançar os direitos jusfundamentais, ou seja, de não intervenção estatal<sup>192</sup>, não exige a necessidade de disponibilidade de recursos financeiros tanto para os direitos negativos quanto para os direitos positivos, dispondo o órgão julgador de ampla margem de atuação. Porém, a proteção e promoção de ambos os direitos implicam na observância do ‘quantum’

---

Presno; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 35-61.

<sup>187</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. <<Metodologia fuzzy>> e <<camaleões normativos>> na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 97-113.

<sup>188</sup> Jorge Miranda defende que tal assertiva não é observada de maneira absoluta no direito positivo, pois, de um lado, há normas constitucionais consagradoras de liberdades clássicas que também carecem de uma concretização legislativa, como a liberdade de manifestação, e, de outro, observam-se normas relativas à questão social que se encontram determinadas a nível constitucional, como, por exemplo, o direito ao ensino básico universal, obrigatório e gratuito, diminuindo, assim, a discrepância alegada por tantos autores entre as categorias dos direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge. O regime..., cit., p. 324.

<sup>189</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, cit., p. 133 et seq.

<sup>190</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 35-68.

<sup>191</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 271 et seq.

<sup>192</sup> Jorge Miranda faz uma releitura deste dever de respeito, não o limitando no seu viés abstencionista, e sim abarcando também uma perspectiva de ação a fim de possibilitar um desenvolvimento eficaz da personalidade do indivíduo e a garantia de sua dignidade. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 103-104.

dos cofres públicos.<sup>193</sup> Logo, para os deveres de proteção o juiz só pode controlar se houver um conteúdo suficientemente determinado, já que podem existir vários meios de proteção; acerca dos deveres de promoção, tida como a dimensão principal da maioria dos direitos sociais, vigora a reserva imanente de ponderação, a reserva do politicamente adequado ou oportuno e a reserva do financeiramente possível, diminuindo significativamente o controle judicial.

Este item reflete a ideia anteriormente exposta de que os direitos sociais funcionam como garantia dos direitos de liberdade, ou seja, que não há uma dissociação completa entre ambos. As palavras da doutrinadora Isabel Moreira<sup>194</sup> ratificam esta proposição: “Os direitos de liberdade são lidos pela lente da dignidade da pessoa humana embutida de socialidade, pelo que eles mesmos encerram vertentes que são direitos sociais.”

Outo ponto levantado é a afirmação de que os direitos de liberdade também sofrem restrições, pois é sabido que nenhum direito é absoluto, até mesmo os fundamentais, que estão limitados pela ponderação de bens ocorrida no caso concreto.<sup>195</sup> Então, os direitos sociais possuem como limite intrínseco a reserva do financeiramente possível e os direitos de liberdade acatam a ideia de reserva da ponderação.

Outra exigência que se faz quanto a esta limitação dos direitos fundamentais, sustentada pela doutrina lusitana<sup>196</sup>, é a que compreende que as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias sejam dotadas de generalidade e abstração, ou seja, não se direcionem para pessoas determinadas ou para casos particulares, mas sim visem pessoas e casos indeterminados ou indetermináveis, a fim de garantir o valor jurídico-constitucional da igualdade e assegurar os seus efeitos jurídicos no futuro, não havendo a aplicação para fatos anteriores à entrada em vigência da lei restritiva, a menos que esta lei seja densificadora de

---

<sup>193</sup> Exemplificando essa relação entre direitos e deveres estatais, Reis Novais dispõe: “O dever estatal de promover a liberdade de aprender e de ensinar ou de garantir a assistência religiosa em hospitais e o ensino religioso nas escolas públicas (deveres integráveis, independentemente das possibilidades dogmáticas da respectiva autonomização, em direitos de liberdade considerados *como um todo*) *custam*; os deveres estatais de respeitar ou não impedir o acesso a cuidados de saúde pagos pelos próprios particulares (integráveis no direito social à saúde *como um todo*) não *custam*.” NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 97.

<sup>194</sup> MOREIRA, Isabel. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>195</sup> Reis Novais reflete sobre a função do juiz nas perspectivas de ambos os direitos, afirmando que, em relação à reserva geral de ponderação interligada aos direitos de liberdade, o órgão jurisdicional detinha um maior poder de atuação, enquanto na reserva do financeiramente possível dos direitos sociais, o legislador detém a posição de superioridade. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, cit., p. 103 et seq.

<sup>196</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 289-290; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 454-456.

um direito, situação na qual exigirá uma atuação em decorrência da omissão normativa para a fruição efetiva do direito que não foi devidamente prestado anteriormente.

Gomes Canotilho<sup>197</sup> aduz, ainda, a exigência de verificação da proporcionalidade da lei restritiva, na qual observa-se o ato normativo encontra-se privado de adequação (relação entre a medida adotada e os fins), necessidade (adoção do meio menos gravoso para a realização do fim visado) e proporcionalidade em sentido estrito (justa medida), sendo condizente, assim, com os valores perseguidos na Constituição.

Esses requisitos citados acima devem ser acoplados à vinculação do legislador ao conteúdo essencial<sup>198</sup> dos direitos, incidindo a violação deste no esvaziamento do direito constitucional, rejeitando a força normativa da Constituição.

Percebe-se, assim, que os direitos sociais, tal como os restantes dos direitos fundamentais, devem ser dotados de eficácia, pelo menos em princípio, o que não significa que a sua efetividade deva ser igual.

Como instrumento de proteção judicial para salvaguarda da efetividade das normas constitucionais, incluindo as normas consagradoras dos direitos sociais, eleva-se o instituto da inconstitucionalidade por omissão, normatizada no art. 283º da Constituição da República portuguesa.

A fraca densidade, muitas vezes verificada na normatização constitucional dos direitos sociais, exige a atuação legislativa quanto à sua configuração e delimitação. Contudo, isto alia-se ao requisito formal de reserva de lei, ou seja, uma eventual restrição ou a imposição constitucional de densificação do direito deve ser proclamada através de uma lei em sentido formal.

Assim, caso haja a observância de uma inércia do poder responsável por concretizar no âmbito ordinário as normas constitucionais, decorrente de uma imposição específica e

---

<sup>197</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 457-458.

<sup>198</sup> Merece informar a tentativa italiana de determinação jurídico-política do conteúdo essencial das prestações sociais, através da densificação do Lep (*Liveli essenziali delle prestazioni*). A construção italiana intenta a aferição desse núcleo essencial através da disposição em lei das prestações, indicadores, recursos financeiros dispensados, entre outros fatores, e a pormenorização destes critérios via regulamento, individualizando o valor objetivo que a Administração deve respeitar para cada um. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 243-268.

concreta da Lei Fundamental, a utilização do instrumento da inconstitucionalidade por omissão<sup>199</sup> se mostra possível e relevante.

Realce-se que para a omissão se inserir numa conjuntura jurídico-constitucional<sup>200</sup> exige-se uma imposição constitucional concreta dirigida ao legislador e este se mostre inerte, mas não a verificação de uma simples omissão percebida no quadro cotidiano. Além disso, infere evidenciar a margem de conformação do legislador ordinário, concernente à forma e ao grau de concretização das normas constitucionais, sob pena de o Judiciário realizar uma decisão política, configurando, deste modo, uma medida desarrazoada e ilegítima.<sup>201</sup>

Questão muito criticada, principalmente na seara do constitucionalismo brasileiro, onde não se verifica a efetividade dos direitos de segunda dimensão por uma atuação tímida e muitas vezes corrompida do legislador ordinário, é a ausência de coercibilidade do Poder Judiciário quando há a verificação de uma omissão. Tal fato se verifica no direito constitucional português pelo art. 283º/2º, que determina simplesmente a possibilidade de uma notificação da verificação da omissão para o órgão legislativo competente.

Outra situação que se revela débil para a efetivação dos preceitos relativos aos direitos sociais consiste na escassa legitimidade ativa para ingressar com o mecanismo da inconstitucionalidade por omissão na seara jurídica, a qual rejeita a participação individual ou coletiva, adstringindo o seu ingresso ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça, limitando, sobremaneira, a democracia participativa, base do Estado Social e Democrático de Direito.

Em decorrência dessas fragilidades do instituto da inconstitucionalidade por omissão, a apreciação do Poder Judiciário em relação às normas consagradoras dos direitos

---

<sup>199</sup> O Acórdão nº 474/02 representou a verificação inicial de inconstitucionalidade por omissão no âmbito dos direitos sociais. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 474/02, Plenário. Relator: Conselheiro: Bravo Serra. Disponível em: <<http://goo.gl/DMd6Vh>> Acesso em: jul. 2014.

<sup>200</sup> Vieira de Andrade sistematizou os pressupostos exigidos pela jurisdição constitucional para a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão, quais sejam: 1) o não cumprimento de uma norma constitucional *determinada*; 2) a norma não ser exequível por si mesma; 3) falta ou insuficiência das medidas legislativas necessárias na situação *concreta*; 4) que essa falta seja *causa* do não cumprimento da Constituição. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 365.

<sup>201</sup> Vieira de Andrade expõe seu receio quanto à submissão da mediação concretizadora, através dos órgãos legiferantes, ao “governo dos juizes, imputando assim critérios objetivos para essa aferição e cautela por parte dos magistrados, bem como sua inquietude em relação ao “travamento” constitucional, caso se aplique, indistintamente, o princípio da proibição do retrocesso no âmbito dos preceitos definidores de direitos sociais. *Ibid.*, p. 370 et seq.; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 70-71; MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 494 et seq. – este autor traz à baila a questão do retrocesso ligada à hipótese de escassez de recursos, tema amplamente difundido, tendo em vista a crise econômico-financeira atual e afirma: “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório.”

sociais se dá, na maiorias das vezes, por meio de uma verificação de retrocesso, figura não recepcionada de forma absoluta no seio da doutrina e jurisprudência portuguesas, uma vez que não encontra respaldo constitucional, assim como há a dependência deste tipo de normas constitucionais à conjuntura financeiro-econômica do país.

Neste contexto, eclode a atual problemática acerca da cláusula do não retrocesso<sup>202</sup> dos direitos sociais<sup>203</sup>, sendo importante expressar, inicialmente, a dificuldade no deslinde da matéria, tendo em vista as divergentes realidades sociais e econômicas que ultrapassam os Estados e, ainda, a ausência de uma posição doutrinária e jurisprudencial consolidada no que se refere à existência, ao sentido e alcance do referido princípio.

A maioria das normas constitucionais referentes aos direitos sociais, como já foi dito anteriormente, são implementadas a partir de preceitos legais. Contudo, visando a um avanço ininterrupto e uma estabilidade dos direitos já consagrados pelo legislador, tornou-se imperiosa a adoção implícita do princípio da proibição do retrocesso.

Assim, vários doutrinadores<sup>204</sup> perfilham o entendimento de que, em decorrência da concretização e densificação legislativa de ditos direitos, a revogação injustificada incorreria em uma violação a este princípio implícito, tendo como consequência um esgotamento da eficácia jurídica das correspondentes normas constitucionais, entretanto pugnam pela possibilidade de alteração das normas, baseada na autonomia da função legislativa, assim como no risco de constitucionalização destes preceitos legais.

A doutrina alerta também para uma zona de perigo criada pela proibição absoluta, pois o legislador atuaria de maneira mais cautelosa e tímida na concretização destes direitos constitucionais, temendo que uma possível recessão não possibilitasse a manutenção da situação instituída originariamente.

---

<sup>202</sup> A doutrina faz referência ao citado princípio como “princípio do não retrocesso social”, “proibição de contra-revolução social”, “proibição da evolução reacionária”, “regra do não retorno da concretização”, “princípio da proibição do retrocesso”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 338; SOUSA, Luís Verde de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXXIII, Coimbra: 2007, p. 747-803. Insta salientar acerca dos pensamentos divergentes da doutrina quanto a categorização da cláusula do retrocesso social como norma principiológica, ao passo que aduzem alguns tratar-se de mera consequência do Estado social.

<sup>203</sup> Necessário salientar a existência de posição doutrinária que propaga a irradiação da eficácia deste princípio para os direitos de liberdades clássicas, não o limitando aos direitos sociais. ROQUE, Miguel Prata. Juízos precários de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais. *Estudos de homenagem ao professor Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, vol. II, 2012, p. 883 et seq.

<sup>204</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Vol. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 966 et seq.

Reflexão que, indubitavelmente, nos importa levar em consideração seria se a noção de regressão social está intimamente ligada à diminuição pura e simples das prestações públicas<sup>205</sup>, o que incide em um conceito estatizante do princípio do não retrocesso social, ou seja, o Estado como único motor viabilizador do progresso social.<sup>206</sup>

Esta concepção não pode ser admitida nos dias de hoje, tendo em vista a “solidariedade horizontal”<sup>207</sup> perseguida pelos variados textos normativos, que se traduz, em uma de suas facetas, pela noção de responsabilidade da sociedade civil, ou seja, a cooperação da comunidade, do setor privado e da esfera pública na realização dos objetivos colimados pela Constituição da República Portuguesa, dever que foi alavancado pela crise do Estado Providência.

Portanto, a redução das prestações públicas não se traduz, necessariamente, em um retrocesso social, visto que a existência de medidas alternativas ou compensatórias pode incidir em um efetivo progresso social, devendo este debate ser observado, minuciosamente, a partir de cada caso concreto levado à apreciação ao Poder Judiciário.<sup>208</sup>

Ultrapassada essa questão inicial, devem acentuar-se algumas vertentes que a doutrina aborda em relação à regra do não retrocesso social, com o fito de analisar a sua relevância e o seu alcance.

Uma parcela da doutrina<sup>209</sup> segue o entendimento de que é possível retirar as mesmas consequências de outros princípios constitucionais, como o princípio da

---

<sup>205</sup> SOUSA, Luís Verde de. *Op. cit.*, p. 748-749.

<sup>206</sup> Em sentido contrário, Miguel Roque diz: “Creio ser de rejeitar essa concepção, visto que, esquecendo a dimensão qualitativa do bem-estar – que se traduz no modo como o indivíduo obtém satisfação das suas necessidades, independentemente do fornecedor (público ou privado) ou da dimensão do consumo de prestações públicas –, transfigura-se a ideia de progresso social num dogma de hipertrofia do aparelho estatal.” ROQUE, Miguel Prata. *Op. cit.*, p. 874.

<sup>207</sup> Casalta Nabais leciona: “A solidariedade é sobretudo uma expansão de um certo fracasso da estadualidade social, um fracasso que é resultado tanto dos limites naturais que a escassez de meios coloca à realização estadual dos direitos económicos, sociais e culturais, como do seu retrocesso actual que o abrandamento do desenvolvimento económico, de um lado, e o egoísmo pós-moderno, de outro, vieram suportar. NABAIS, José Casalta. Algumas considerações a solidariedade e a cidadania. In: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade sem responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 131-161. p. 139.

<sup>208</sup> Acerca da importância do Tribunal Constitucional na proteção dos direitos fundamentais, leciona Alves Correia: “Graças à justiça constitucional, os direitos fundamentais (entendidos estes, como salienta K. Hesse, como direitos subjectivos e como princípios objectivos da ordem constitucional) impregnam não só a vida pública, mas também o conjunto da vida jurídica.” CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional: a justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 22.

<sup>209</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei – a causa de lei na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

igualdade<sup>210</sup> e da segurança jurídica, ou seja, nega a autonomia do princípio da proibição do retrocesso, sob risco de se ter uma ‘Constituição dos direitos sociais’, sendo, assim, conceituada como concepção de irrelevância autônoma.

A segunda abordagem (vigência absoluta) corresponde a uma concepção maximizada do princípio, que defende uma total proibição constitucional dirigida ao legislador ordinário, isto é, obsta qualquer intervenção legislativa que produza uma atenuação efetiva dos direitos fundamentais, tanto no sentido de extinção plena da norma do ordenamento jurídico quanto à mera redução no âmbito destes direitos.<sup>211</sup>

Por fim, o terceiro entendimento, seguido pela maioria da doutrina<sup>212</sup> e jurisprudência<sup>213</sup>, é o da vigência relativa. Os defensores deste pensamento advogam, favoravelmente, o princípio da proibição do retrocesso. Entretanto, concedem a possibilidade de relativização deste princípio em decorrência de alguns critérios<sup>214</sup>, como a ausência de recursos financeiros, humanos ou tecnológicos ou a implementação de um novo programa político, fundamentado em eleições democráticas, desde que se preserve o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>210</sup> O princípio da igualdade é bastante utilizado pelo Tribunal Constitucional na concretização e densificação dos direitos sociais, verificando-se a apreciação deste princípio em suas várias vertentes, como a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação.

<sup>211</sup> Esta concepção vem sendo mitigada pelos doutrinadores que a defendia outrora, como Canotilho, que fundamentava sua posição na noção de “constitucionalização material” dos preceitos legais implicadores na concretização das normas constitucionais, que guardava esteio na consciência jurídica geral. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 374 et seq. Em momento posterior, o retro citado jurista, juntamente com Vital Moreira, continuou a defender a proibição do retrocesso social, contudo, aliado à outra fundamentação, que seria o amplo princípio do Estado de direito democrático e social, na vertente da democracia econômica, social e cultural. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

<sup>212</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 379 et seq.; SOUSA, Luís Verde de. *Op. cit.*, p. 795 et seq.; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 339–340.

<sup>213</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/02, Plenário, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://goo.gl/WoB0Pb>> Acesso em: jul. 2014. A alteração de pensamento de Canotilho é percebida no Acórdão 148/94. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 148/94, Plenário, Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca. Disponível em: <<http://goo.gl/OIME2s>> Acesso em: jul. 2014. Para uma crítica à atuação inicialmente tímida do Tribunal Constitucional, v. NOVAIS, Jorge Reis. O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social. *Jurisprudência Constitucional*. Nº 6, Coimbra, abr./jun. 2005, p. 3-14.

<sup>214</sup> Canotilho aduz que a zona nebulosa atual, advinda da crise do Estado Social e das transformações decorrente do neoliberalismo relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais, tem por cerne a possibilidade de reversibilidade destes direitos, ultrapassando a questão da sua realização de forma gradual. CANOTILHO, J. J. Gomes. “Bypass” social..., cit., p. 245.

Percebe-se, acertadamente, que esta corrente outorga limites à liberdade de conformação do legislador<sup>215</sup>, considerando como baliza os princípios da confiança e da segurança jurídica, bem como o núcleo essencial dos direitos sociais.<sup>216</sup>

A defesa e a aclamação do princípio da proibição do retrocesso social em países com um grau de desenvolvimento contínuo e crescente é de fácil aceção. Todavia, a questão se torna crucial e de complexo deslinde nos Estados que ultrapassam crises financeiras, pois a escassez de recursos impossibilita a progressão do estágio social alcançado ou, até mesmo, a manutenção deste.<sup>217</sup>

Nessa fase em que o Estado necessita se reerguer, devido à sua realidade fática, a Lei Maior não pode funcionar como entrave, devendo rebater os efeitos malévolos da globalização que gerou este “estado de necessidade constitucional”.<sup>218</sup>

Portanto, a efetivação dos direitos sociais, apesar de sua evidente e já defendida fundamentalidade, é balanceada, por um lado, pela reserva do possível e, por outro, pelo princípio do não retrocesso social, sendo ambos delineados de acordo com a realidade fática de cada Estado.<sup>219</sup>

Portanto, com esta análise acerca da garantia normativa dos direitos constitucionais sociais a partir da ordem jurídica brasileira e portuguesa, urge determo-nos, no capítulo seguinte, em elementos que promovam uma efetividade real destes direitos. Afinal, o objetivo deste trabalho é a verificação prática das normas constitucionais definidoras de

---

<sup>215</sup> Esclarece Alves Correia: “O legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios (...). Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos.” CORREIA, Fernando Alves. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, Porto, 2010, p. 35-43. p. 37.

<sup>216</sup> Ratifica Canotilho: “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.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 340.

<sup>217</sup> Os autores sugerem soluções variadas, referentes aos direitos sociais, objetivando a mudança deste paradigma, como a cooperação entre a sociedade civil, o setor privado e o setor público e a restrição na titularidade destes direitos, entre outras devidamente especificadas ao longo do presente estudo.

<sup>218</sup> Clarifica Miguel Prata Roque que o “estado de necessidade constitucional” não se confunde com a hipótese de “estado de necessidade financeiro”, abarcada pela professora Cristina Queiroz, devido à amplitude do primeiro instituto, que se baseia na sobrevivência do próprio Estado democrático de Direito. ROQUE, Miguel Prata. *Op. cit.*, p. 876.

<sup>219</sup> Jorge Miranda detendo-se acerca dessa reunião de fatores para a implementação dos direitos sociais propõe que enquanto existirem condições econômicas favoráveis deve-se extrair o maior grau de realização de prestações de tais direitos; em caso de situação financeira diversa se faz necessária a redução dos beneficiários e de seus montantes e em situação excepcionais pode ocorrer a suspensão temporária de certas normas. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 494-495.

direitos sociais e não apenas a sua simples positivação e declaração como meras promessas políticas.

### **CAPÍTULO III - UM OLHAR DE LONGO ALCANCE NA BUSCA INCESSANTE PELA IMPLEMENTAÇÃO DA SOCIALIDADE: DIFICULDADES IMERSAS NO ATUAL CONTEXTO DE CRISE E A ESPERANÇA NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**“If we were really simply comfortable in our exploitation of our temporal position with respect to future generations, then there would be no need for such covert instruments. But clearly we are not comfortable – we know that we do wrong – and perhaps most of the time all that we really need to do is to point out that we are really deceiving ourselves if we hide behind theoretical devices that speak as if we are not.”  
(Stephen Gardiner)<sup>220</sup>**

O calcanhar de Aquiles no caso português, que pode ser detectado a nível mundial, tem como ponto fulcral o contexto de crise econômico-financeira, ponto que justifica a preocupação iminente acerca das finanças públicas e da sustentabilidade das gerações futuras.

A relação intrínseca dos direitos sociais com os custos financeiros advindos de sua efetivação consagra o ponto em comum entre os direitos positivos e a justiça intergeracional, tendo em vista que o Estado possui limitações orçamentárias, situação deveras agravada no tempo presente, contudo não pode, em decorrência das atribuições inerentes ao Poder Público, relegar a prossecução de bem-estar em seu aspecto atemporal<sup>221</sup>, aspecto basilar da dignidade da pessoa humana.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> GARDINER, Stephen M. Protecting future generations: intergenerational buck-passing, theoretical ineptitude and a brief for a global core precautionary principle. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 148-169, p. 166.

<sup>221</sup> Insta salientar a ampliação do conceito de bem comum de um nível nacional para um supranacional e, posteriormente, para um bem comum da humanidade, sendo esta considerada sob o caráter da metafísica relacional como sendo a interação entre as sociedades passadas, atuais e futuras.

<sup>222</sup> Evidenciando a modelação da socialidade a partir das novas bases do aparato organizatório estatal – “estadualismo moderado”, tendo em vista que a prossecução do interesse público constitucionalmente consagrado deve realizar-se amparado pelas dimensões da equidade intergeracional, Joaquim da Rocha preceitua: “Na verdade, assumindo-se o postulado básico do Estado social e pressupondo que os direitos de natureza económica, social e cultural são e estão constitucionalmente consagrados num sentido efectivo e realista, não pode deixar de se exigir uma contínua e permanente tarefa de concordância prática entre a economicidade e a socialidade das actuações, buscando quer o “interesse” financeiro do Estado ou de outros

Há, sobretudo no contexto europeu, uma realidade de cortes públicos severos, atacando, sobremaneira, o montante despendido com as políticas sociais; enquanto, em países em desenvolvimento como o Brasil, o caminho trilhado ainda é no sentido de conquistas no quadro dos indicadores sociais, apesar de a economia deste ter sentido os efeitos perversos da crise financeira, pois trata-se de uma crise com reflexos globais.

Todavia, como outrora salientado, em qualquer situação que as Nações se encontrem, seja ciclos econômicos agravados ou contextos que propiciem um estágio de desenvolvimento da comunidade, os poderes públicos, bem como a população em geral, devem atentar nas consequências das atividades humanas, das decisões políticas e do uso racional da ciência e tecnologia, pois podem inferir-se em efeitos nefastos de longo alcance, sendo correta a utilização da denominação ‘sociedade de risco’.

Este novo pensamento sugere a preocupação crescente com a interrelação entre as gerações, propiciando a abertura de novos horizontes, sob as diretrizes da equidade intergeracional, consubstanciando a responsabilidade daí advinda em atuações ativas e não, simplesmente, em situações de abstenção.

Este contexto induz a reflexão acerca de medidas políticas, econômicas e jurídicas<sup>223</sup> para o equilíbrio entre as limitações das finanças públicas e a manutenção dos níveis sociais advindos dos incessantes conflitos sociais, ou seja, a formulação de medidas governamentais que visam a estabilização ou, pelo menos, a suavização do atual ciclo econômico, bem como o repensar de uma nova forma de política e gestão na realidade social de países como o Brasil, através das ideias de justiça intergeracional e sustentabilidade<sup>224</sup>,

---

actores públicos quer o interesse público da satisfação das necessidades por via de efectivação daqueles direitos.” ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um direito financeiro equigeracional. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 619-639. p. 625.

<sup>223</sup> João Loureiro denota a inserção no direito em geral e, especificamente, na seara do constitucionalismo – “teoria da constituição à distância” - de uma responsabilidade para com as futuras gerações, maximizando o quadro da dignidade da pessoa humana com o princípio da sustentabilidade, trazendo para o novo panorama a exigência de “revisitação de operadores dogmáticos e teóricos”. LOUREIRO, João Carlos. Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do Fernrech e da Fernverfassung em diálogo com Castanheira Neves. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, p. 15-47.

<sup>224</sup> A amplitude e complexidade refletida pela ampla gama de medidas incutidas em vários segmentos sociais abarca a ideia de sustentabilidade, em contraposição à noção de sustentabilismo, na qual impera o protagonismo de sua dimensão econômico-financeira. *Ibid.*, p. 40. Neste estudo emprega-se uma noção de sustentabilidade em sentido amplo, isto é, a formulação de ações nos variados campos viabilizadoras de alterações substanciais no quadro da realidade atual e vindoura. Neste sentido, Nabais demonstra a influência do sistema fiscal em relação ao tripé da sustentabilidade (econômica, social e ambiental). NABAIS, José Casalta. Da

destacando lições e aprendizados importantes nessa situação de escassez europeia com repercussão mundial.<sup>225</sup>

### **3.1 JUSTIÇA INTERGERACIONAL: PENSAR ANTES DO AGIR EM UM TEMPO NÃO TÃO DISTANTE**<sup>226</sup>

As reflexões acerca da justiça sempre ocuparam um espaço significativo na esfera doutrinária. Entretanto, a ampliação para análises intertemporais<sup>227</sup>, a partir da adoção de ações e medidas no tempo presente e sua influência para gerações vindouras, foi percebida mais recentemente, a partir dos efeitos negativos quanto à questão ambiental, esta expandindo-se em variadas vertentes, como a poluição, a preservação da biodiversidade, o aproveitamento racional dos recursos naturais, a problemática das fontes energéticas não renováveis e altamente poluentes e, por fim, o ordenamento do território.<sup>228</sup> Posteriormente, a responsabilidade orientada para o futuro situou-se no campo econômico-social, abarcando situações como a sustentabilidade do sistema de segurança social, o aumento desenfreado

---

sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 11-59. p. 24-27.

<sup>225</sup> Logo, a crise atual expande-se por variadas dimensões e perspectivas, como a financeira inicialmente, passando para toda a atividade econômica, gestão, política e, ainda, matrizes sociológicas e culturais. Assim, as soluções pretendidas devem alavancar mudanças estruturais de todo o sistema, incorrendo em medidas de curto prazo para frear a situação demasiada angustiante do contexto atual, bem como em instrumentos de médio e longo prazo para uma atuação mais profunda e consciente que ataquem os reais problemas, evitando o retorno aos erros anteriores.

<sup>226</sup> Utiliza-se nesta análise acadêmica um sentido temporal amplo para a justiça intergeracional, confluindo as ideias de uma justiça intrageracional e intergeracional, bem como a noção de sobreposição de gerações – solidariedade de aproximação. Logo, propõe-se uma concretização atual dos direitos sociais, não relegando uma visão futurística de bem-estar advindos de sua implementação.

<sup>227</sup> Há, também, autores críticos quanto uma teoria de justiça intergeracional, tendo em vista que o leque de integrantes de uma futura geração ainda não nasceram, não obtendo, assim, a qualificação de sujeito de direitos, não podendo garantir também o direito a um objeto específico que possa, no futuro, não existir. Expressando esta ideia, Beckerman cita as lições de Steiner: “*In short, it seems mistaken to think of future persons as being already out there, anxiously awaiting either victimization by our self-indulgent prodigality or salvation through present self-denial*”. STEINER apud BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 53-71. p. 56. Entretanto, Beckerman traz o sentido de responsabilização da geração presente no sentido de obrigação moral, através de medidas observadas no plano prático, como a eficiência das instituições e fruição real de direitos humanos básicos, o que implicaria em um conceito de justiça mais contundente, tendo em vista que a atribuição de ‘direitos’ a indivíduos inexistentes concederia um caráter mais irreal, sem manifestação prática. Neste diapasão, João Loureiro aduz que estas obrigações constituem-se como deveres não correlativos de direitos. LOUREIRO, João Carlos. *Autonomia do direito...*, cit., p. 43.

<sup>228</sup> SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras. In: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. (Org.). *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 459-503.

do desemprego juvenil<sup>229</sup>, o expressivo endividamento público, entre outras manifestações, revelando, assim, a diversidade de perspectivas incutidas na concepção de justiça intergeracional.

A normatividade da justiça intergeracional possui expressão na esfera dos princípios<sup>230</sup>, inferindo-lhe, assim, uma importante carga axiológica, por denotar não apenas um comando imperativo, mas sim um conjunto de valores que norteiam os arcabouços jurídicos nacionais e internacionais, dando azo a sua multifuncionalidade, seja no plano integrativo, normativo ou interpretativo.

Lumer<sup>231</sup>, em sua significativa contribuição na seara do princípio da justiça intergeracional, enuncia um rol de orientações dispostas na concepção daquele mandamento nuclear, quais sejam: hedonismo ético, universalismo beneficiário, prioridade, compromisso limitado e eficiência ou economia.

A noção de hedonismo ético sustenta que o bem-estar é um valor moral intrínseco, podendo ser considerado como objetivo último, ou seja, o moralmente relevante corresponderia às orientações no sentido qualitativo de bem-estar. Contrapõe-se às alternativas acríicas, como a ‘necessidade de orientação’, por se basearem em suposições empíricas, as quais, muitas vezes, não condizem com a realidade, bem como conterem um conceito bastante indeterminado, como a ideia de ‘necessidade’, correspondendo à diferentes qualificações e orientações a depender de cada indivíduo e do seu estilo de vida.

De acordo com o subprincípio do universalismo beneficiário, o compromisso moral de cada um beneficia a todos indistintamente e não apenas aqueles limitados espacial e temporalmente ou, ainda, que estão inseridos em determinados grupos sociais, tendo em vista que o bem estar é um valor moral intrínseco, rivalizando, assim, com teorias que limitam a ética ao estado contemporâneo, como o desconto temporal<sup>232</sup> e o provincianismo.

---

<sup>229</sup> Acerca da tensão existente entre os ‘avôs’ e ‘netos’ – sustentabilidade do sistema de segurança social X desemprego juvenil, v. KIRCHHEIM, André; FEITEN, Pedro Reinaldo. O iminente conflito intergeracional na disputa da agenda das políticas de bem-estar social. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (Org.). *Direitos Humanos, Constituição e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 99-110.

<sup>230</sup> Esta fórmula jurídica sofreu, ao longo dos séculos, alterações profundas, como percebe-se pela manifestação de sua normatividade e premência de tais conceitos na moderna dogmática jurídica, bem como pela influência exercida na ‘nova interpretação constitucional’. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://goo.gl/YIrlWk>> Acesso em: set. 2014.

<sup>231</sup> LUMER, Christoph. Principles of generational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 39-52.

<sup>232</sup> Jorge Pereira também tece críticas quanto à utilização da taxa do desconto temporal por alguns economistas, ao passo que esta implica na diminuição proporcional da responsabilidade da geração presente à medida que

A prioridade, noção da justiça distributiva, enfatiza a mudança de bem-estar dos indivíduos em pior situação. Assim, o hedonismo denota o bem-estar como valor moral, enquanto o *prioritarianism* demonstra a preponderância em elevações de bem-estar nos integrantes do tecido social que se encontram em situações de carência mais expressivas em relação àqueles que se encontram em uma situação mais confortável. Tal ideia diverge de várias teorias, como o utilitarismo (despreza a situação inicial das pessoas, igualando, assim, o nível de melhorias no bem-estar de todos, não priorizando determinadas situações); o princípio *maximin* (ou *leximin*) – (a visão de prioridade para as pessoas em pior situação é manifestada de forma absoluta. Relegam-se então as melhorias destinadas aos indivíduos em melhor situação) e o igualitarismo (o bem individual deve ser distribuído igualmente).

A partir do subprincípio do compromisso limitado percebe-se que o compromisso moral de cada um deve ir além do cumprimento das normas morais socialmente impostas (possibilidade de sanção). Entretanto, gera-se uma limitação, já que a elevação máxima impossibilita a realização racional prática desta finalidade. As orientações desprendidas deste princípio rivalizam com as diretrizes da maximização e do contratualismo individualista.

Por fim, a eficiência exige o emprego direcionado e eficiente do compromisso moral, através, por exemplo, da utilização racional e eficaz das finanças públicas, no sentido de uma melhoria no bem-estar da população, levando sempre em conta os princípios anteriores.

O deontologismo, pelo qual as normas morais fundamentais nunca poderiam ser desrespeitadas, obstaculiza a verificação do princípio da eficiência, ao passo que a inobservância de certas normas poderiam ensejar o aumento de bem-estar em alguns aspectos. Por conseguinte, a fim de estabelecer uma solução conforme todos os princípios viabilizadores de uma justiça intergeracional é necessária a inclusão de circunstâncias excepcionais em determinados casos.

Na verdade, a atuação público-privada quanto à responsabilidade para com as gerações futuras configura-se como ponto atual e substancial no quadro da ciência jurídica contemporânea<sup>233</sup>, seja em nível constitucional ou em outros ramos do Direito, bem como

---

as consequências das decisões tomadas no atual momento vão avançando no tempo. SILVA, Jorge Pereira da. *Op. cit.*, p. 496.

<sup>233</sup> Joerg Tremmel indica a inserção da justiça intergeracional e da sustentabilidade em sentido amplo no seio do constitucionalismo. TREMMEL, Joerg Chet. Establishing intergenerational justice in national constitutions.

em atos normativos correlacionados a uma interconstitucionalidade<sup>234</sup>, no contexto da União Europeia ou da ONU, enaltecendo a ideia do ‘constitucionalismo multinível’ e estabelecendo uma dimensão transnacional do problema em debate.

Nessa linha de orientação, a Constituição da República Portuguesa, no seu art. 66, nº 2, “d”, introduziu, a partir de 1997, o dever de respeito ao princípio da solidariedade entre gerações, abraçando a causa do desenvolvimento sustentável, impregnado na noção de justiça intergeracional. Contudo, percebe-se a necessidade de uma evolução progressiva e constante, tendo em vista a limitação do campo de proteção de referido conteúdo jurídico-normativo à sustentabilidade ambiental. Seguindo esta tendência, o ordenamento jurídico brasileiro também dispõe acerca desta dimensão da sustentabilidade no artigo 225 da Carta Política, manifestando desafios semelhantes aos percebidos no campo geográfico português.

A sustentabilidade é empregada neste estudo como uma vertente do princípio da justiça intergeracional<sup>235</sup>, que também se configura como princípio jurídico, uma vez que a ciência do Direito detém uma preocupação quanto a sua regulação e concretização.<sup>236</sup>

Logo, a sustentabilidade<sup>237</sup> abarca ideias como planejamento, informação, transparência, avaliação, entre outros, ou seja, reflete um conjunto de ações complexas em

---

In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 187- 214. Enaltecendo, na mesma linha diretiva, o papel da dogmática constitucional na proteção das gerações futuras, v. HÄBERLE, Peter. A constitutional law for future generations – the ‘other’ form of the social contract: the generation contract. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 215-229. No contexto português e com foco na sustentabilidade do sistema de segurança social, v. LOUREIRO. João Carlos. *Adeus ao Estado...*, cit., p. 128-129; 261-264. Há, ainda, a nítida preocupação com a futuro nas legislações ambientais, financeiras e, até mesmo, penais, manifestando, sobremaneira, o relevante papel do Direito nesta problemática.

<sup>234</sup> Figurando-se como exemplos no panorama internacional, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, a Carta das Nações Unidas e a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras de 1997 (UNESCO).

<sup>235</sup> Apesar do presente trabalho acadêmico aduzir uma interrelação entre o princípio da justiça intergeracional e o princípio da sustentabilidade, pois propugna a concretização dos direitos sociais com esteio em ambos, insta salientar a autonomia dos princípios referidos, podendo existir uma política sustentável a médio prazo, porém não direcionada para a justiça intergeracional. LOUREIRO. João Carlos. *Adeus ao Estado...*, cit., p. 279.

<sup>236</sup> Canotilho enuncia vários preceitos normativos da Carta Política portuguesa que abraçam a ideia de sustentabilidade, principalmente na seara ambiental – “ecologização da ordem jurídica portuguesa”. Revela, assim, o caráter de relevância dado a este “novo paradigma secular”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Tékhne - Revista de Estudos Politécnicos*. Vol. VIII, n. 13, 2010, p. 7-18. p. 7-8; 12.

<sup>237</sup> Nesta perspectiva há uma similitude com o fenômeno do desenvolvimento sustentável. A noção de desenvolvimento sustentável suporta uma base tricotômica de indicadores: crescimento econômico, eficiência social e índices ambientais positivos, como percebe-se a partir das linhas orientadoras do documento da ONU “Nosso Futuro Comum”, conhecido, também, como Relatório Brundtland. Logo, a sustentabilidade é vista como um princípio integrativo de variadas dimensões que não se desligam do fator tempo, pois as

variados setores, não necessariamente no segmento financeiro, que visem uma melhoria qualitativa do bem-estar presente e, conseqüentemente, futuro, encontrando, assim, correspondência com o desenvolvimento no futuro, pois a responsabilidade para com as gerações longínquas não pode figurar apenas como elemento retórico nos diversos documentos nacionais e internacionais.

Florescem três dimensões a partir deste princípio: sustentabilidade interestatal – equidade entre países ricos e países pobres; sustentabilidade geracional – equidade na perspectiva entre diferentes grupos etários de uma mesma geração, e a sustentabilidade intergeracional – equidade entre gerações.<sup>238</sup>

Por conseguinte, o fim primordial do conceito de sustentabilidade - e da equidade intergeracional – é a persecução da justiça<sup>239</sup>, desenvolvendo-se tal processo a partir de ações governamentais formuladas para este intento, bem como do estreitamento da liberdade de conformação do legislador que deve sempre pautar as suas atividades a partir das noções propulsoras deste princípio.

A visão inicial de uma justiça intergeracional parece recorrer principalmente à mudança de mentalidade no sentido de uma atuação mais corajosa, eficaz e consciente dos cidadãos<sup>240</sup>, já que as conseqüências dos atos de hoje se perpetuarão no tempo, imprimindo uma reflexão de base ético-filosófica ao tema da equidade entre gerações.<sup>241</sup>

---

conseqüências de ações presentes devem observar as conseqüências no tempo futuro – ideia de ética do futuro, denotando, assim, o aspecto da justiça intergeracional.

<sup>238</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. O princípio da sustentabilidade...cit., p. 8-9.

<sup>239</sup> Uma releitura da justiça social sob a dimensão da equidade intergeracional é delineada por Agius: “*We have an obligation grounded on social justice to share the common heritage with all the present population as well as with future generations. Social justice forbids any generation to exclude other generations from a fair share in the benefits of the common heritage of humankind.*” AGIUS, Emmanuel. Intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 317-332. p. 330.

<sup>240</sup> Para uma análise preocupada com a cultura civilizacional de fins, bens e benefícios imediatos, no momento em que há uma reviravolta tecnológica e científica capaz de alterar os paradigmas do próprio aspecto temporal. SILVA, Jorge Pereira da. *Op. cit.*, p. 472.

<sup>241</sup> No campo filosófico, a contribuição de John Rawls em matéria de justiça entre gerações foi significativa, sendo impossível deixar de mencioná-la, pois figurou como passo inicial no debate filosófico contemporâneo. O professor de filosofia atribuía a importância de um ‘princípio da justa poupança’, o qual justificava o recebimento de benefícios por uma geração obtidos através da anterior – acumulação de capital para as gerações subsequentes, bem como a responsabilidade da atual para com as que lhe sucederem, a fim de concederem o suporte necessário para a verificação de instituições justas que desenvolvam e protejam as liberdades básicas. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2013. p. 227-233. Tal pensamento foi, ao longo do tempo, sendo desenvolvido em meio às pertinentes críticas, como a insuficiência e inadequação da teoria rawlsiana, ao passo que esta relega a importância da manutenção do estado da natureza na consideração do bem-estar futuro, v. DIERKSMEIER, Claus. John Rawls on the rights of future generations. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*.

Este aspecto ético dos cidadãos deve vir atrelado aos comportamentos públicos de boa governança<sup>242</sup>, pontuando o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade como itens valorativos dos mais diversos setores dos poderes públicos. Entretanto, neste contexto político, manifesta-se a problemática dos sistemas eleitorais como sendo um dos dilemas estruturais da democracia, uma vez que a pretensão de se atingir o poder é elemento propulsor de visões imediatistas, a fim de atrair mais eleitores e aliados, imperando, assim, a formulação de políticas de curto prazo, mesmo passando pelo tortuoso caminho do endividamento público e dos custos sobrecarregados para as gerações futuras.

Neste diapasão, assume preminência um pensamento voltado para a perpetuação e sobrevivência da espécie humana (e não só desta), apontando possíveis soluções que passam pelos mais variados segmentos sociais, como se percebe pela ideia de sustentabilidade, a partir de uma atuação conjunta da população e dos poderes públicos por meio de um intenso debate público.

Portanto, à medida em que as consequências onerosas de atos praticados no tempo presente podem ser percebidas no futuro, as pessoas que vivem no contexto global atual poderão, de alguma forma, ser responsabilizadas para que não ocorra a perpetuação dos pontos negativos, pois o próprio Estado tem um dever de proteção da posteridade. Este caminho de mão dupla tem implicações na observância do princípio da proporcionalidade e nas suas decorrências legais, como a salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos e a segurança jurídica, para que haja um equilíbrio institucional e se verifique uma maior harmonia entre o desenvolvimento sustentável e os direitos da geração contemporânea e os direitos dos seres humanos vindouros.

---

Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 72-85; AGIUS, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 323-325.

<sup>242</sup> Nas relações administrativas revela-se de significativa contribuição os desenvolvimentos acerca do princípio da precaução. A doutrina brasileira inclui dito princípio no gênero prevenção, só que este implica em uma certeza quanto à ocorrência do dano, enquanto o da precaução exige a intervenção pública quando se afigure uma forte verossimilhança de danos gravosos, seja no campo da vigilância sanitária, ambiental, entre outros, sendo imperioso ressaltar a conjugação com o princípio da proporcionalidade na criação e instituição de medidas. FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da precaução e o direito fundamental à boa Administração Pública: por uma visão de longo prazo nas relações intertemporais de Direito Público. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. V. 7, n. 7, Curitiba, jan./dez. 2007, p. 407-421. No contexto específico de uma responsabilidade para com o futuro, v. GARDINER, Stephen M. *Op. cit.*, p. 156 et seq. Logo, as ações orientadas para o futuro devem ser revestidas de cautela, tendo em vista a possibilidade – em decorrência da incerteza científica - de efeitos negativos para a posteridade, sendo de mau gosto e, de certa forma, ilícita, uma aposta acerca da perpetuação do homem.

### 3.2 A JUSTIÇA INTERGERACIONAL COMO FATOR AGREGADOR DE NOVOS ATORES SOCIAIS NA DIREÇÃO POLÍTICA ESTATAL

A centralização, característica da direção política do Estado clássica, está, atualmente, defasada, o que pode ser percebido pela crise do Estado Social, marcado pelas más gestões, pela corrupção desregrada e pela maior densidade do setor público, expressa, por um lado, pelo aumento das despesas públicas, e por outro, pela constante diminuição das receitas públicas.

A classe política encara a massa popular como um círculo eleitoral, implementando políticas de curto prazo, apenas visando seu favorecimento pessoal e sua chegada ao poder<sup>243</sup>, relegando, muitas vezes, políticas de melhor distribuição e aproveitamento racional dos recursos disponíveis, sob o olhar da justiça intergeracional.

A influência midiática<sup>244</sup>, em decorrência do poderio econômico dos sujeitos da arena política, não exerce a sua tarefa primordial que é a propagação de informações verídicas para que a população consiga extrair as bases fundantes dos partidos e propostas dos políticos, e assim, decidir a melhor opção do ‘jogo político’,<sup>245</sup> mas sim cria o problema de uma “univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político”.<sup>246</sup>

Com isso, um dos possíveis caminhos para a saída desta crise seria a reinvenção da fórmula do Estado Social, através da descentralização na direção política, com a inclusão de

---

<sup>243</sup> Esta atuação dos governantes é explicada a partir do “teorema do votante mediano”, que busca a formulação de políticas públicas a partir de preferências gerais (maior número de eleitores), sendo um dos fatores dos ‘fracassos do Estado’ na provisão do bem-estar social. PEREIRINHA, José António. *Política social. Formas de actuação no contexto europeu*. Lisboa: Universidade Aberta, 2008. p. 118-119.

<sup>244</sup> Bonavides preceitua: “A caixa preta da democracia, que precisa de ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e abortar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima, consciente e oxigenada pelos valores da justiça e da liberdade.” BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). *Direitos humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 825-840. p. 839.

<sup>245</sup> Müller evidencia a liberdade da imprensa, contudo, critica a mercantilização da informação formadora da opinião pública, pois esta configuraria a medida concretizadora da democracia, não podendo estabelecer-se ao alvedrio do alto poder econômico de uma parcela da sociedade. MÜLLER, Friedrich. *Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios*. Conferência de Abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasília 2008. Tradução: Ana Paula Costa Barbosa. Disponível em: <<http://goo.gl/4SB54t>> Acesso em: abr. 2014.

<sup>246</sup> LEAL, Rogério Gesta. Qual democracia? A necessidade premente de romper com a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político. *Revista do Direito*. N. 39, Rio Grande do Sul, jan./ jul., 2013, p. 3-17. p. 4.

novos atores sociais, propondo, então, uma alteração na arquitetura organizativa do Estado.<sup>247</sup>

O auxílio e a participação conjunta de outros setores da sociedade, ao lado do poder público, na perseguição de um bem comum ou vontade geral, emergem o paradigma de um Estado cooperativo de caráter supletivo.

Esta atuação supletiva reflete a multiplicidade de sujeitos responsáveis pela condução do esquema político-social, não constituindo o setor público como principal (nem mesmo) único prestador das funções sociais, impondo uma certa fragmentariedade e descentralização no comando das despesas sociais, mesmo o financiamento sendo em parte ou totalmente suportado pelo Estado, como ocorre com as parcerias público-privadas.<sup>248</sup>

É imperioso ressaltar a existência de tarefas sob o domínio do Estado, que estão, assim, excluídas, pelo menos de início, da gestão por outras instituições sociais, como as relativas à segurança nacional, à administração da justiça e à regulação dos dispositivos legais.

Contudo, o poder público pode atuar nestes segmentos de maneira regulatória ou fiscalizatória, e não, necessariamente, como agente prestador, o que o investe de um caráter integrativo e subsidiário.<sup>249</sup>

A dimensão contemporânea da subsidiariedade<sup>250</sup> é o oposto da verificada no liberalismo clássico, no qual a supletividade era uma forma de expressão do exercício

---

<sup>247</sup> FARREIRO, Vítor. *O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no estado social de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 188 et seq. Esta reinvenção estatal concede o suporte finalístico da presente dissertação, tendo em vista a persecução de uma justiça social calcada na ‘nova gestão política’, abarcando a inclusão de novos atores sociais, bem como a eficiência e a racionalidade das instituições e instrumentos políticos, jurídicos, econômicos e sociais.

<sup>248</sup> Jónatas Machado e Paulo Nogueira tecem críticas quanto à complexidade de muitos contratos para implementação destas parcerias público-privadas, ao passo que os vultosos encargos advindos de tal acordo perdem por um lapso temporal alargado, atingindo o sistema fiscal das gerações vindouras. Entretanto, manifestam o outro lado da moeda, ao afirmar que o Estado quando realiza o referido pacto está investido de legitimação decorrente do processo democrático, bem como o fim primordial do negócio é a satisfação do interesse público ou, pelo menos, deveria ser. MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas como guardião da Constituição? A relevância constitucional do controlo financeiro externo em tempos de crise. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de *et al* (Coord.). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, vol. II, 2012, p. 149-163. p. 155-156. Na agenda brasileira, v. BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-240.

<sup>249</sup> Neste contexto de reformulação da ingerência estatal verificou-se o surgimento da noção de serviços de interesse econômico geral, que lida com a tomada de atribuições por parte do mercado, porém sem relegar totalmente a atuação estatal.

<sup>250</sup> Margarida Salema expõe o espaço fluido e indeterminado onde se encontra o princípio da subsidiariedade na era contemporânea, tendo em vista posicionamentos vários em relação à sua fundamentação e concretização. MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. O Estado Social no contexto internacional e europeu. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, Porto, 2010, p. 85-95. p. 89.

excepcional do Estado, já aquela é um princípio caracterizador da ingerência dos mais variados setores sociais, seja público ou não.

A criação e a regulação de novos sujeitos e meios para a formação desta interação político-social evidencia a figura da *governance* e a ideia de *welfare pluralism*<sup>251</sup>, deixando para trás o modo de condução política a partir do “Estado soberano jurídico-hierarquicamente dirigente”<sup>252</sup>, porém não excluindo a sua contribuição e a sua importância.

### **3.2.1 A inferência da participação popular na (re)definição da arquitetura organizativa do Estado**

O controle social pode analisar-se sob duas perspectivas. A primeira surge principalmente em contextos políticos autoritários e tem como agente ativo o Estado. Exerce, nesse caso, uma política de dominação perante os indivíduos, membros do tecido social. Já a segunda deve encarar-se pelo prisma da coletividade, isto é, o elo existente entre a participação popular, a democracia e a garantia e fruição dos direitos.

O presente estudo tem a segunda dimensão como objeto de análise, ao buscar uma concretização real dos direitos fundamentais, especificamente no campo dos direitos sociais, a partir de uma ampliação dos atores sociais envolvidos, e sem perder de vista as consequências negativas decorrentes do Estado paternalista.

A participação política se efetiva a partir da consolidação da cidadania<sup>253</sup>, que entrelaça seu desenvolvimento com o surgimento e o reconhecimento dos direitos, podendo ser analisada a partir de três dimensões: cidadania civil, política e social.

A cidadania civil verifica-se a partir da conquista dos direitos civis ou direitos de primeira geração, decorrentes da Revolução Francesa, os quais são, tipicamente, direitos individuais oponíveis ao Estado, isto é, intentam uma abstenção por parte deste, a fim de efetivar a liberdade tão aclamada e desejada.

---

<sup>251</sup> Para uma análise do *welfare pluralism* focado na atividade do Terceiro Setor, seja por meio de comportamentos altruístas da família, amigos e vizinhos ou, ainda, por instituições voluntárias, como é o caso das Instituições Particulares de Solidariedade Social, v. PEREIRINHA, José António. *Op. cit.*, p. 103-125.

<sup>252</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A *governance* do terceiro capitalismo e a constituição social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 145-154. p. 154.

<sup>253</sup> Sugerindo um esquema evolucionar da cidadania, MARSHALL apud LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 109 et seq.

A figura da cidadania política emerge da consagração dos direitos políticos, incluindo, assim, o direito de participar dos rumos da Nação, a partir de sua inclusão nos órgãos parlamentares ou, ainda, o direito de escolher seus representantes legítimos a partir do sufrágio.<sup>254</sup>

Já a cidadania social reflete a busca por melhores condições de vida, o que seria fator decisivo para uma fruição real da liberdade, para uma efetiva participação no debate público e para um pluralismo agregador das diversidades existentes.

Assim, os direitos sociais constituem-se como frutos das lutas, inicialmente, ligadas ao direito do trabalho, tendo em conta que o liberalismo econômico e o capitalismo da época, ao invés de efetivarem a liberdade, um dos dogmas da trilogia francesa, oprimiram, sobremaneira, os trabalhadores, concedendo-lhes condições desumanas. Situação deveras agravada com a Revolução Industrial.

Observa-se, desta feita, que a conquista, a defesa e o reconhecimento dos direitos na Era Moderna estavam entrelaçados com a capacidade de organização das massas, contribuindo para a consolidação da democratização e seu fundamento de participação política.

Verifica-se a influência demasiada negativa da globalização econômica<sup>255</sup>, tendo em vista que dito fenômeno ataca, sobremaneira, a concepção de um território delimitado e atenua consideravelmente a influência da sociedade nas decisões políticas, econômicas e sociais, pois as políticas governamentais passam a ter reflexos globais.

O poder político, legitimado pelo povo, encontra-se atualmente em um processo de transformação de seu âmbito, como também de sua própria noção originária, uma vez que o poder econômico assume as bases de controle das políticas e fluxos de capital, pessoas e bens, como se faz perceber pela criação de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, que imbuídos de uma finalidade formal de supervisão e auxílio dos países com perturbações econômicas, condicionam o implemento

---

<sup>254</sup> A democratização foi se consolidando à medida que a participação popular foi se tornando mais abrangente e eficaz, como por exemplo, com a consagração do direito de sufrágio pleno nos séculos XIX e XX. Em França, apesar de seu reconhecimento constitucional em 1793, só teve solidez e fruição em 1848, quando a legislação consolidou o sufrágio universal; na Inglaterra verificou-se a amplitude do sufrágio em 1919 ao estender referido direito ao eleitorado feminino; já nos Estados Unidos a verificação dessa universalidade se deu com a 19ª Emenda, em 1920. *Ibid.*, p. 107.

<sup>255</sup> Abili Lima expõe as consequências negativas da globalização econômica e das práticas neoliberais no plano político-participativo. *Ibid.*, p. 203 et seq.

desta ajuda, restringindo, de alguma forma, a capacidade do Estado-nação no desenvolvimento de suas políticas domésticas.

Logo, a economia de mercado fomenta uma concepção dos cidadãos como meros consumidores, implicando uma visão egoísta e indiferente frente ao debate político, relegando a segundo plano todas as conquistas e embates em torno dos direitos dos cidadãos, verificados nos séculos XVIII, XIX e XX, consubstanciados nas dimensões dos direitos fundamentais.

No decurso dessa mudança de perspectiva, observa-se um quase retorno à prática de que só as pessoas detentoras de capital exercem influência nas decisões políticas, o que permite concluir que a globalização e o poderio econômico são causas da exclusão social.

A legitimidade do poder estatal não está completamente configurada com o ato formal de exercício do direito de sufrágio, que é uma das manifestações da vontade popular. A legitimidade efetiva exige uma participação social<sup>256</sup> com vista ao pluralismo do debate político, seja pelos instrumentos políticos, normatizados na Lei Fundamental, como o referendo<sup>257</sup> e o plebiscito, seja pela influência dos membros da comunidade nas escolhas de prioridades, legítima ação governamental, através da administração participativa.

Insera-se neste ponto a contribuição da aplicação do princípio da subsidiariedade que possibilita uma maior integração e unidade entre a sociedade e o Estado, tornando a democracia participativa mais consolidada e eficaz.

Este princípio manifesta-se na Europa através das diretrizes do Tratado de Maastrich, que corrobora a união comunitária de alguns países na denominada União Europeia. Logo, o desenvolvimento deste princípio atravessa diversas problemáticas na era contemporânea, como a globalização e as suas consequências sociais, a democracia participativa, o pluralismo, a relação Estado-sociedade, entre outros.

---

<sup>256</sup> Apesar das diferenciações entre participação comunitária, popular e social, principalmente no que concerne ao lapso temporal e fundamentos de cada figura na realidade socioeconômica brasileira, utiliza-se neste item uma similitude entre as denominações.

<sup>257</sup> O referendo pela despenalização do aborto foi ponto de destaque na organização da sociedade de movimentos diversificados (Movimento Cidadania e Responsabilidade pelo Sim / Movimento Diz que Não), expressando o poder da participação cívica nos destinos da Nação, revelando, assim, a democracia participativa como base para a difusão de ideias e geradora de um debate público consistente. FREIRE, André (Org.). *Sociedade civil, democracia participativa e poder político: o caso do referendo do aborto*, 2007. Lisboa: Fundação Friedrich Ebert, 2008.

A subsidiariedade é um conceito plurissignificativo, porque se enquadra em diversos temas da realidade social. O Direito Canônico, através de suas Encíclicas<sup>258</sup>, trouxe à baila a subsidiariedade como diretriz para o bom relacionamento entre o Estado, as pessoas, as famílias e os corpos intermédios do tecido social. Já no campo jurídico verifica-se uma correlação entre o princípio da subsidiariedade e as noções de complementariedade e supletividade, o que atesta a confluência de interesses de variados setores sociais e econômicos na busca e concretização de um bem comum. Se isto funciona como um elemento limitador da ingerência do Estado na sociedade, torna-se também evidente a dupla dimensão, positiva e negativa, do princípio da subsidiariedade.

Há um descontrolo social abrupto, visível, por um lado, pelo desalinhamento das funções estatais, pela má gestão pública e pela burocracia exacerbada, advindos da centralização do poder estatal; e, por outro, verifica-se o aumento progressivo e constante das reivindicações sociais, o que implica a (re)construção de uma ‘nova’ arquitetura organizativa do ente estatal, assim como uma (re)organização da relação deste com os membros da comunidade política.

Uma das vertentes dessa reconstrução estatal passa pela diminuição das funções do Estado. O Estado interventor dá lugar a um Estado fiscalizatório. Contudo, não há uma confluência com as bases do Estado mínimo do século XIX, até porque as transformações ocorridas no seio social não deixam espaços para a manutenção deste modelo sócio-político na era contemporânea. O Estado deve reformular as suas funções para fomentar o desenvolvimento dos indivíduos e atuar, conjuntamente com estes, para a promoção do bem-estar.

A participação do terceiro setor, evidenciada por ações de base solidária oriundas dos segmentos informais da sociedade – a chamada “entrajuda básica”<sup>259</sup> (família, vizinhos, amigos, entre outros), bem como por entidades organizadas a nível local, nacional ou internacional, é de extrema importância. Através desta integração, procura-se atingir a

---

<sup>258</sup> A doutrina aponta como primeira manifestação da subsidiariedade no Direito Canônico, a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15.05.1931. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 25.

<sup>259</sup> CATARINO, Acácio. Ação solidária de proximidade: breve reflexão. In: FERREIRA, Eduardo Paz *et al.* *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 165-176, que veicula um pensamento voltado para a valorização do papel da entrajuda básica no desenvolvimento social local.

justiça relativamente às diretivas da sustentabilidade do sistema, o que mostra a nítida preocupação com a provisão do bem-estar na longa passagem do tempo.<sup>260</sup>

A descentralização<sup>261</sup>, forma de organização do ente estatal que propõe uma repartição das competências, também preconiza a redução burocrática do Estado, tida como uma das causas da crise estatal atual. Neste diapasão, as políticas públicas organizadas a nível local possibilitam uma maior integração Estado-sociedade, tendo em vista o conhecimento mais aprofundado das questões sociais preocupantes, que assolam a comunidade. O desejável é que haja uma participação popular mais efetiva, tanto no momento da criação, como da organização e controle de medidas adotadas.<sup>262</sup>

Alguns estudiosos<sup>263</sup> defendem o federalismo como forma de Estado promotora dos aspectos positivos decorrentes da aplicação do princípio da subsidiariedade, como a descentralização, que garante uma maior participação democrática, a proteção mais eficaz das minorias, o fomento da diversidade histórica e individual, entre outros aspectos.

Na verdade, a aplicação do princípio da subsidiariedade implica uma repartição de competências entre o Estado e a sociedade, atribuindo-se a esta as tarefas que pode executar, deixando o poder público atuar como agente auxiliar. Urge criar as condições necessárias para uma atuação eficaz da sociedade e dos corpos intermediários. Além disso, pode ativar-se uma função supletiva que possibilite a convivência pacífica da liberdade com a economia quando uma atuação for insuficiente.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> A participação popular deve corresponder aos anseios da geração atual. Contudo, não deve relegar para segundo plano os efeitos manifestos sob uma ética do futuro, em decorrência da vulnerabilidade das gerações vindouras, contrapondo-se à noção de uma ‘desresponsabilização intergeracional’. GARDINER, Stephen M. *Op. cit.*, p. 148-169.

<sup>261</sup> Esta inclusão de variados atores em auxílio ao Estado é uma das perspectivas fundamentais do presente estudo para evidenciar a (re)construção de um Estado Social, no qual não haja a negação dos direitos sociais e sim o reconhecimento da importância de referidos direitos para a geração atual e para as futuras, isto é, a análise da jusfundamentalidade dos direitos sociais e de sua contribuição para a realidade da sociedade sob o paradigma da justiça intergeracional.

<sup>262</sup> Teresa Fidélis e Sara Pires revelam um posicionamento favorável em relação à atuação pública a nível local, tendo em vista a maior proximidade com a população-alvo das políticas públicas adotadas, bem como maior expressão na participação de segmentos não estatais, em decorrência dos valores emanados do novo sentido da governação. Contudo, demonstram, através de estatísticas, as dificuldades na implementação de tais políticas pelas autoridades locais, como a ausência de maior apoio do Governo central, de suporte técnico especializado e a carência de políticas nos ambientes económico e social, ao passo que a predominância das questões ambientais diminui o alcance amplo do desenvolvimento sustentável perseguido. FIDÉLIS, Teresa; PIRES, Sara Moreno. Implementação da Agenda Local 21 em Portugal: desafios para a sustentabilidade local. *RevCEDOUA - Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Ano XI, n. 21, 2008, p. 39-57.

<sup>263</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 43 et seq.

<sup>264</sup> Afirma Baracho: “Dentre os diversos problemas, de difícil transposição, para uma sociedade justa, pressupõe-se que a realização das liberdades recusa a intervenção estatal, enquanto a efetivação de certa igualdade implica intervenção estatal. A ideia de subsidiariedade seria a recusa radical das duas teorias opostas,

Este princípio implica ainda uma gestão das finanças públicas pelos entes federados, ou seja, aqueles que detêm um poder de decisão abaixo do Governo central e possuem a vantagem de estar mais próximos da população podem criar e aplicar soluções mais eficazes no combate a problemas de ordem diversa.

A fim de obter um suporte teórico e prático para a provisão de bem-estar, a melhor proposta seria aquela que fizesse confluir algumas dimensões da Teoria do Federalismo Financeiro.

Sublinhe-se que muitos problemas sociais, como a pobreza extrema, se explicam à luz de fatores locais, com uma visão micro de determinada questão de ordem social (perspectiva baseada no próprio indivíduo e em sua família), e de fatores supra locais, de caráter geral, como a situação econômico-social do país. Infere-se, então, a adoção de medidas a nível local, pautadas por uma das dimensões do federalismo – princípio da subsidiariedade – e pela descentralização que lhe é inerente. Formulam-se ações e políticas sociais e econômicas a nível nacional, exigindo critérios mais precisos quanto à definição de atribuições e poderes de cada ente, a fim de evitar efeitos negativos deste tipo de ‘parceria’, como a duplicação de custos e redundância de ações em determinado espaço geográfico.

A proposta trilhada dá azo à aplicação do conceito de Desenvolvimento Social, o qual direciona a atuação pública a partir de uma tríplice dimensão: visão integrada das políticas sociais, maior participação popular e territorialização das intervenções<sup>265</sup>, suporte basilar deste tópico do trabalho.

### **3.3 JUSTIÇA INTERGERACIONAL COMO FATOR JUSTIFICANTE DE MEDIDAS RACIONAIS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO**

Na seara pública, a justiça intergeracional implica a observância de medidas racionais que estejam aptas a fornecer um ambiente econômico-financeiro equilibrado e um desenvolvimento social com índices qualitativos ascendentes.

Estas variantes encontram-se, atualmente, em um paradigma instável, em virtude da crise europeia, geradora do atual contexto de escassez.<sup>266</sup> Esta contextualização

---

com a aceitação de formas dotadas de solidariedade, sendo que a ideia de subsidiariedade seria o eixo central, que permitiria ultrapassar a dicotomia e efetuar a passagem para nova forma de existência política, social, econômica e jurídica.” *Ibid.*, p. 63.

<sup>265</sup> CABRAL, Nazaré da Costa. As autarquias locais e a luta contra a pobreza. In: FERREIRA, Eduardo Paz *et al.* *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 151-164.

<sup>266</sup> O termo escassez, neste ponto, refere-se à carência de recursos financeiros disponíveis. Contudo, uma visão maximalista enxerga a crise europeia como fato gerador de várias tipologias de ‘escassez’, como a

econômico-social reflete a iminente preocupação com as finanças públicas da Nação, a racionalidade do sistema fiscal e a gestão de políticas públicas eficientes, com o intuito de manutenção dos índices sociais.

Em tempos de crise, a mudança de políticas governamentais afigura-se como uma medida essencial, apertando o laço da economia<sup>267</sup> e instituindo trajetórias de sustentabilidade para que não ocorra um déficit extremo na qualidade de vida dos cidadãos nem a oneração excessiva das futuras gerações. Tais finalidades são perseguidas nos dias de hoje, primordialmente através do sistema tributário e de políticas tributárias instituídas e desenvolvidas pelo Estado, concedendo o suporte necessário para a economia, a partir do equilíbrio entre produção, consumo, investimento, poupança e pleno emprego.<sup>268</sup>

Intenta-se com estas atitudes o equilíbrio das finanças públicas<sup>269</sup>, ou seja, uma readequação dos índices de despesas e receitas. Paulo Ferreira<sup>270</sup> esclarece que a despesa pública se ampara em três pilares: obras públicas, auxílio à indústria financeira e proteção social. Neste diapasão, o autor sustenta que, para alcançar o principal objetivo governamental em tempos de escassez, ou seja, a atenuação da despesa, tem de se proceder à diminuição do montante despendido nas obras públicas, excetuando-se as de caráter essencial e urgente; e à regulação e controle mais efetivo, no que concerne ao gasto com a

---

“sustentabilidade vital”, que seria a falta de indivíduos portugueses ocasionada pela queda exorbitante da natalidade, ocasionando a inversão da pirâmide demográfica. FERREIRA, Paulo Marrecas. Finanças públicas e sustentabilidade: desafios para uma justiça intergeracional que não sacrifique o futuro pelo desaparecimento dos presentes. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: economia, finanças públicas e direito fiscal*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2013, p. 587-607.

<sup>267</sup> Salienta-se que a adoção de medidas econômicas não têm o condão de reduzir o Direito à Economia, e sim possibilitar a confluência das duas ciências a fim de obter um maior conhecimento acerca do fenômeno jurídico-social e possibilitar maior concretização dos direitos previstos no texto constitucional.

<sup>268</sup> Variantes estas que concedem o critério da racionalidade às políticas tributárias desenvolvidas pelo Governo central. Logo, visam o desenvolvimento econômico, e não o simples crescimento econômico, ao passo que aquele abarca a ideia de harmonização entre modernização, crescimento, inovação tecnológica, de um lado, e a proteção do ambiente e uma melhoria qualitativa nas estruturas sociais, por outro lado, coadunando, assim, com a visão de justiça social ensinada por Amartya Sen. RIBEIRO, Maria de Fátima. Medidas fiscais e políticas públicas em tempos de crises econômicas. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 63-99.

<sup>269</sup> A eficiente gestão das finanças públicas implica a observância, além das regras jurídicas sobre tal fato, de sua caracterização triangular: atuação vinculada – competências heteronomamente determinadas e vinculadas à Constituição e à legislação infraconstitucional, trazendo à baila o princípio da segregação funcional; realista – verificação de necessidade e fundamentalidade das previsões de receitas/despesas, a fim de evitar “derrapagens orçamentais” e “orçamentos rectificativos”; e, por fim, uma atuação responsabilizante – controle que possa inferir acerca da satisfação dos resultados da gestão financeira. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Op. cit.*, p. 633-638.

<sup>270</sup> FERREIRA, Paulo Marrecas. *Op. cit.*, p. 601-602.

indústria financeira e à redução dos níveis de proteção, sem onerar excessivamente os cidadãos atuais.

Em relação à receita, a via mais seguida é a da arrecadação de impostos, o que sustenta a afirmação segundo a qual a maioria dos países do globo terrestre constitui Estados fiscais. Em suma, o financiamento dos Estados advém, primordialmente, de tributos unilaterais, e não da arrecadação de taxas – não configurando um Estado taxador (*Gebührenstaat*)<sup>271</sup> – ou de outras espécies tributárias.

O Estado fiscal contrapõe-se ao Estado patrimonialista da Idade Média, cujo financiamento era obtido através das receitas adquiridas dos rendimentos da Coroa. Já o Estado empresarial, existente, principalmente, nos Estados socialistas do século XX, produzia e distribuía bens e serviços.

O surgimento do Estado fiscal atrelou-se à ideia de que os contribuintes aceitavam tacitamente um contrato com o ente estatal. Este torna-se então responsável pelo recebimento, gestão e aplicação do montante dos tributos dispendidos pela comunidade, através do princípio da capacidade contributiva, a fim de que haja um emprego racional e equilibrado das finanças em prol da sociedade civil organizada.<sup>272</sup>

Neste sentido, a pessoa-cidadão, qualificada como contribuinte e membro da sociedade politicamente organizada, concede legitimidade ao Estado para estatuir tributos fiscais de ordem pecuniária visando corresponder a necessidades sociais no âmbito coletivo – caráter de socialidade. Consequentemente, o cidadão é individualmente considerado, por isso nesta relação jurídica tem o dever de contribuir.

Logo, a constituição fiscal arquiteta juridicamente meios e instrumentos de controle para que haja uma verdadeira efetividade nos destinos desse financiamento, como a observância do princípio da legalidade fiscal e a aprovação anual do orçamento pelo poder competente.<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> Acerca da dissipação da ideia de um Estado taxador para determinados segmentos, como a questão ecológica ou mesmo para financiar o Estado em geral, Casalta Nabais mostra-se reticente, trazendo os motivos de tal reflexão. NABAIS, José Casalta. *Da sustentabilidade...*, cit., p. 14-16; 43.

<sup>272</sup> Para uma explicação acerca da evolução do sistema fiscal no contexto português, v. NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre quem paga...*cit., p. 65-69.

<sup>273</sup> Para uma visão acerca das debilidades sofridas pela Constituição originadas no atual contexto de crise financeira e econômica e, consequentemente, pelos princípios fundadores desta ordem jurídica, como o princípio da legalidade, da segurança jurídica, entre outros, bem como a manifestação de insuficiência dos controles da atividade administrativa, relevando a importância do papel do Tribunal de Contas e a necessidade de seu “*upgrade*”, v. MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. *Op. cit.*, p. 149-163.

A evolução do sistema fiscal, perpassando pelos estados liberal e social, remete a visões díspares de adequação do binômio despesa-receita, tendo em vista que o liberalismo remete à ideia de um Estado enxuto, enquanto as ações despendidas para a manifestação do estado social elevaram, significativamente, o índice de despesas públicas relacionadas às prestações sociais, ocasionando, ao longo dos anos, uma tempestade econômico-financeira, que alcançou o ápice com a declaração de crise em Agosto de 2007.

Logo, o tempo de progresso do estado social estagnou<sup>274</sup> e, com isto, manifestaram-se as consequências negativas deste tipo de estado, como o *apartheid* fiscal<sup>275</sup>, ocasionado pela globalização econômica e gerador de elevadas cargas tributárias, principalmente para os contribuintes de menor rendimento, bem como o aumento significativo das despesas públicas, considerando-se, neste ponto, as despesas fiscais<sup>276-277</sup> relativas às deduções e as isenções da carga tributária de agentes econômicos e sociais, fatos geradores do fenômeno de déficit orçamental e, conseqüentemente, o aumento expressivo do endividamento público.<sup>278</sup>

Este quadro atual de desordem nas diferentes dimensões do Estado conduz à preocupação iminente de sua sustentabilidade, sendo esta uma das vertentes do panorama da

---

<sup>274</sup> O desequilíbrio, no continente europeu, das variadas dimensões do Estado podem ser percebidos, estatisticamente, através de dados expostos pelo Gabinete de Estatísticas da União Europeia – EUROSTAT, bem como forças mobilizadoras no sentido de um desenvolvimento sustentável. EUROPA. União Europeia. *European Statistical System*. Disponível em: <<http://goo.gl/ErbTZk>> Acesso em: set. 2014.

<sup>275</sup> NABAIS, José Casalta. A crise do estado fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 19-62.

<sup>276</sup> Insta salientar que nem todos os benefícios fiscais compreendem-se na realidade como despesas fiscais, apesar de assim serem observados à primeira vista. Encontra-se assim a noção de benefícios fiscais dinâmicos, os quais através de auxílios à determinadas atividades objetivam efeitos positivos para a economia nacional, não caracterizando-se, efetivamente, como aumento das despesas públicas, e sim elevação das receitas através da melhoria daquelas negociações.

<sup>277</sup> A figura dos benefícios fiscais *stricto sensu* (benefícios fiscais estáticos) não encontra acolhida positiva nas lições de Suzana Tavares, reconhecendo a autora os efeitos negativos advindos deste instrumento, amparado pelo direito de investimento estrangeiro, como sua inefetividade e a possibilidade de consequências econômicas desastrosas nas hipóteses de revogação de tais atos, seja por motivações políticas e jurídicas internas ou motivações de ordem externa decorrente da economia mundial. SILVA, Suzana Tavares da. Razão de Estado e princípio da razoabilidade. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 115-151. p. 131.

<sup>278</sup> Para uma análise crítica acerca do aumento da dívida pública alemã, combatendo os possíveis argumentos para referido fato, principalmente, através de um estudo pautado nas consequências de perda do poder político, sugerindo, assim, uma visão de estratégias políticas para a significativa elevação da despesa pública, o que poderia ser freado ou, pelo menos, desacelerado com alterações a nível constitucional impositivas de limitações orçamentárias e reforma do sistema eleitoral, bem como o controle do orçamento total delegado a uma entidade imparcial, v. SÜSSMUTH, Bernd; WEIZSÄCKER, Robert K. von. Institutional determinants of public debt: a political economy perspective. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 170-184.

justiça intergeracional. Logo, revela-se urgente a adoção de soluções nos mais variados campos, como medidas econômico-financeiras, político-jurídicas, sociais e ambientais, denotando a substancialidade e atualidade da presente pesquisa.

Casalta Nabais<sup>279</sup> apresenta como medidas tendentes a um equilíbrio econômico-financeiro a diminuição da máquina político-administrativa a partir da diminuição do elemento humano no governo e, conseqüentemente, a retirada do montante do orçamento despendido para o seu financiamento salarial; alterações no texto constitucional, propugnando uma atenuação da carga tributária ao fixar limites à tributação; no plano político, eleição de políticos e partidos dispostos a lidar, diferentemente, com a crise, consubstanciados a partir de planos de governos cujas medidas seriam no sentido de uma redução da carga fiscal, bem como a aplicação de uma nova gestão pública pautada primordialmente pela eficiência<sup>280</sup> dos serviços públicos.

Relativamente à sustentabilidade social, o referido autor acrescenta que os custos da tempestade econômico-financeira devem ser suportados pelas gerações passadas, presentes e futuras, consubstanciando uma “solidariedade intergeracional”, evitando, assim, a sobrecarga e as conseqüências nefastas para uma geração apenas.

Este tripé multidimensional - racionalidade, eficiência e sustentabilidade - expande seus tentáculos pelos mais variados campos e, devido à globalização, nos mais distantes espaços territoriais, não encontrando barreiras temporais e geográficas, pois buscam a estabilidade da situação atual para que a busca pelo desenvolvimento sustentável seja novamente a atração principal no palco da justiça intergeracional.

Logo, nas linhas subsequentes procura-se analisar as implicações destas diretrizes sob a perspectiva de uma racionalidade do sistema fiscal, trazendo à baila medidas econômicas e financeiras que têm o intento de prossecução do estado de normalidade; a eficiência na gestão das políticas públicas como manifestação da *good governance*, bem como o papel da ciência jurídica direcionado para uma ética do futuro.

---

<sup>279</sup> NABAIS, José Casalta. A crise do estado..., cit., p. 49-52.

<sup>280</sup> No espaço brasileiro o princípio da eficiência alcançou nível constitucional com a Emenda 19 nos idos de 1998. Sustentou-se no plano político-normativo uma nova visão da Administração Pública relacionada com atuações transparentes, imparciais e eficazes, objetivando uma melhoria na qualidade de vida da população.

### 3.3.1 As políticas anti-crise sob as vestes da sustentabilidade dos Estados

A inquietação quanto ao desequilíbrio das contas públicas, manifestado, por um lado, pelo desenfreado gasto da riqueza nacional e pelo aumento exponencial do endividamento público, e por outro, pela expressiva carga tributária, configuram-se como fatores justificadores da insatisfação dos contribuintes<sup>281</sup> face ao atual contexto de crise, por enveredarem negativamente nas searas econômica e social.

Com efeito, a mudança de paradigma revela-se necessária para (re)encontrar os trilhos corretos no sentido de normalidade e estabilidade econômico-financeira.

A obesidade do Estado descortinou os efeitos danosos ocasionados pela sobrecarga e implantou na consciência global as pautas do dia, quais sejam: a diminuição de atividades produtivas e serviços advindos diretamente do ente estatal, admitindo, com isso, uma nova arquitetura do Estado, elevando a noção de um Estado Regulador e de Garantia, o qual modelará suas funções, bem como um papel mais positivo dos demais atores sociais, a partir do desenvolvimento de conceitos como racionalidade e sustentabilidade econômico-financeira, erigindo a necessidade de um controle mais efetivo do binômio receita-despesa para alcançar os resultados positivos dos interesses públicos.<sup>282</sup>

#### 3.3.1.1 A sustentabilidade econômico-financeira no contexto português

O panorama de escassez, pelo qual o continente europeu passa, conduz, como já foi dito reiteradamente ao longo deste estudo, a adoção de medidas difusas em variados segmentos a fim de que se (re)estabeleça o equilíbrio econômico-financeiro e, com isso, se veja (re)afiorado o desenvolvimento sustentável.

Na seara econômica, Portugal adotou medidas semelhantes às verificadas no continente europeu, tendo em vista a centralização da política monetária, em virtude da zona euro, sendo tais fundamentações refletidas na seara brasileira, como poderá ser percebido quando da exposição dos efeitos e soluções para a crise mundial verificadas naquele espaço geográfico.

---

<sup>281</sup> A sustentabilidade financeira do Estado pode ser vista a partir de sua dimensão subjetiva, ou seja, a maneira como os encargos tributários são distribuídos pelos contribuintes, sendo a suportabilidade a designação mais adequado nesse caso. NABAIS, José Casalta. *Da sustentabilidade...*, cit., p. 36 et seq.

<sup>282</sup> Içando uma 'legalidade substancial' decorrente da confluência dos princípios da legalidade tributária e eficiência fiscal, v. SANTOS, Marta Costa. *Novos paradigmas no controlo do sistema fiscal*. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 205-250.

Logo, objetivando estancar o aumento exponencial do desemprego, como também alavancar os níveis expressivos do setor produtivo e consumo, as medidas no campo fiscal colocaram-se como pontos de destaque<sup>283-284</sup>, operando através de incentivos e benefícios às pequenas e às médias empresas e alguns setores específicos da economia, como o automobilístico, reduzindo a carga tributária e oferta de meios especiais e facilitados de pagamento de débitos.<sup>285</sup>

No campo da segurança social, uma das atitudes adotadas no cenário português foi a instituição de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade<sup>286</sup> (CES) a partir da Lei de Orçamento do Estado do ano 2011, que encontrou suporte no princípio da justiça intergeracional.

Tal tributo configurava-se como uma contribuição obtida através das reformas, pensões, subvenções e outras prestações pecuniárias de idêntica natureza, correspondendo a uma taxa de 10% sobre o montante excedente de determinado valor (superior a 5.000 euros).

O tributo manteve-se na Lei do Orçamento do Estado para o ano seguinte (LOE/2012). Entretanto, verificou-se uma separação dicotômica desta taxa de acordo com o valor percebido, bem como sua elevação (taxa de 25% sobre o montante que excedesse 5.030,64 euros e 50% sobre o valor que superasse os 7.454,96 euros).

No ano seguinte (LOE/2013), esta espécie tributária viu-se novamente reajustada de acordo com seus fins, expandindo a base contributiva através da inclusão de regimes

---

<sup>283</sup> A diversidade e complexidade de tais medidas podem ser percebidas pela leitura da Lei nº 64/2008, de 5 de Dezembro do ano referido; da Lei nº 64-A/2008 (Lei do Orçamento do Estado para 2009) e da Proposta de Lei do Programa Orçamental Iniciativa para o Investimento e o Emprego, de 16 de Janeiro de 2009, que altera a Lei do Orçamento 2009.

<sup>284</sup> Para uma exposição detalhada das primeiras soluções adotadas para o equilíbrio do sistema financeiro, v. SANTOS, Luís Máximo dos. As medidas de combate à crise financeira em Portugal. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano 2, n. 1, Coimbra, mar. 2009, p. 95-117.

<sup>285</sup> Para uma visão crítica da política orçamental adotada em Portugal, v. LOPES, José Silva. As políticas orçamentais de combate à presente crise económica. In: FERREIRA, Eduardo Paz *et al.* *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 41-57.

<sup>286</sup> Suzana Tavares reflete acerca da natureza jurídica deste tributo parafiscal inserido na espécie das contribuições, tendo em vista que o Tribunal Constitucional inseriu-a na espécie tributária das contribuições financeiras a favor das entidades públicas, em decorrência da omissão legislativa quanto à disciplina desta terceira categoria tributária, sendo necessário inserir neste círculo os novos tributos surgidos em leis especiais, sejam eles contribuições em sentido estrito; tributos especiais ou, ainda, tributos independentes (figura extraída das orientações germânicas e na qual incluem-se as contribuições para segurança social – qualificação jurídica da CES defendida pela professora da Universidade de Coimbra. SILVA, Suzana Tavares da. O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. *Cadernos de Justiça Tributária*. N. 00, Braga, abr./jun. 2013, p. 6-18.

complementares de iniciativa coletiva privada, como também a disposição de taxas<sup>287</sup> diferenciadas e progressivas de acordo com o montante recebido pelos contribuintes.

O atual Governo pretendeu alterar novamente este paradigma tributário, instituindo, de forma duradoura, a Contribuição de Sustentabilidade, com vigência a partir do ano 2015, com novas bases de cálculos atuariais e patamar mínimo de pensão no valor de 1000 euros, em substituição à Contribuição Extraordinária de Solidariedade. Contudo, o Tribunal Constitucional, no Acórdão 575/2014<sup>288</sup>, manifestou-se pela inconstitucionalidade dos artigos 2º e 4º, relacionados ao âmbito de aplicação da referida medida e sua base de cálculo, por violação do princípio da proteção da confiança.

As medidas referidas neste subtópico confluem com as diversas vertentes da sustentabilidade em sentido amplo – econômica, financeira e social – conduzindo as ações públicas para o espaço circular onde tais dimensões estão inseridas, que é o caminho da justiça intergeracional, tendo em vista que este princípio manifesta uma preocupação com os efeitos gravosos de tais perspectivas para as gerações vindouras. Por conseguinte, ao se (re)estabelecer o equilíbrio financeiro, refletindo implicações positivas no segmento econômico e social, há o retorno de provisões de bem-estar para a geração atual e para as futuras.

### 3.3.1.2 A influência da tempestade econômico-financeira no espaço brasileiro

Em meio à crise internacional, os países em desenvolvimento, como o Brasil, adotaram algumas medidas para alavancar a sua política industrial, objetivando, assim, um desenvolvimento sustentável aliado a uma competitividade em contexto global, coadunando com os objetivos constitucionais estabelecidos no art. 3º da Carta Política brasileira. Esse procedimento almeja afastar da economia nacional as consequências nefastas da crise.

---

<sup>287</sup> Instituídas da seguinte forma no artigo 78 da Lei 66-B/2012 (LOE/2013) : 1 - As pensões pagas a um único titular são sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES), nos seguintes termos: a) 3,5 % sobre a totalidade das pensões de valor mensal entre (euro) 1350 e (euro) 1800; b) 3,5 % sobre o valor de (euro) 1800 e 16 % sobre o remanescente das pensões de valor mensal entre (euro) 1800,01 e (euro) 3750, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %; c) 10 % sobre a totalidade das pensões de valor mensal superior a (euro) 3750. 2 - Quando as pensões tiverem valor superior a (euro) 3750 são aplicadas, em acumulação com a referida na alínea c) do número anterior, as seguintes percentagens: a) 15 % sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do IAS mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor; b) 40 % sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o valor do IAS.

<sup>288</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 575/14, Plenário, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Conselheira Maria Lúcia Amaral). Disponível em: <<http://goo.gl/yLnyYu>> Acesso em: set. 2014.

Uma destas atitudes está subjacente à instituição do Plano Brasil Maior<sup>289</sup>, pelo qual o Governo Federal adotou diretrizes para revestir o parque industrial nacional de condições para rivalizar com os demais comércios do cenário internacional.

A Administração gizou a sua política industrial no sentido da inovação tecnológica, da ampliação das exportações, de um suporte mais acurado para as pequenas e micro empresas. Dentre um leque vasto de outras ações, procurou viabilizar-se uma maior segurança no quadro da economia nacional frente às intempéries percebidas a nível global, principalmente no continente europeu.

Estas orientações dirigidas ao fortalecimento da indústria nacional persegue, por outro lado, uma sustentabilidade do quadro social, assim como a preservação do meio ambiente. Com efeito, as medidas adotadas pretendem inserir a economia nacional no círculo das potências mundiais, abraçando as atuais e imprescindíveis causas das sustentabilidades social e ambiental.

Outro instrumento utilizado pelo Governo central para enfrentar a crise econômica foi o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), instituído antes mesmo da insurgência do caos verificado no panorama internacional.

Este programa governamental conduz a política econômica nacional através da redução transitória das alíquotas de alguns impostos para determinados segmentos da economia, como o automobilístico, financeiro, construção civil, entre outros, e seguia com as políticas econômicas do governo anterior, como o câmbio flutuante e o respeito pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), atuando este plano como o principal viabilizador de uma nova forma de gestão do patrimônio público, uma vez que estabelece limites orçamentários na atuação dos gestores estatais.<sup>290</sup>

Tais medidas têm o poder de lançar, nos mais reticentes leitores, dúvidas quanto à verificação dos seus efeitos, tendo em vista que as diretrizes implicam a redução da

---

<sup>289</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Crise do estado fiscal, competitividade e bem-estar social. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 101-114. Para uma análise do corpo textual do Plano, v. BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://goo.gl/vwNpVJ>> Acesso em: ago. 2014.

<sup>290</sup> Uma visão positiva da referida lei, v. RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de políticas públicas no Brasil. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 387-405.

arrecadação de receita pública. Por outro lado, o caráter transitório da maioria destas ações indica a finalidade emergencial de enfrentamento da crise de dimensão global sem que se denote, com mais afinco, os efeitos funestos na economia nacional.

Contudo, mister salientar que o Governo Federal deve harmonizar a sua política macroeconômica com as diretrizes apontadas anteriormente, para que haja o equilíbrio econômico e social pretendido. Medidas isoladas não surtirão efeitos proveitosos caso existam obstáculos paralisantes, como o aumento significativo dos juros e a elevada carga tributária.

Apesar de alguns segmentos privados possuírem uma certa desconfiança quanto aos efeitos desta política governamental, por alegarem que tais medidas são insuficientes para o objetivo pretendido, deve-se reconhecer o esforço do poder público para que a indústria brasileira obtenha posição de destaque no quadro econômico externo. Além disso, convém ter em consideração que a maioria das atitudes políticas exigem um lapso temporal para que os seus efeitos positivos se façam notar.

### **3.3.2 A nova gestão de políticas públicas: eficiência e racionalidade**

As políticas públicas, que deverão ser ações governamentais responsáveis para a promoção dos direitos fundamentais, são esculpidas a partir de um fundamento filosófico, que é a centralidade do homem e a sua dignidade, e de um firmamento jurídico, que é a organização do sistema de normas a partir da funcionalidade dos direitos fundamentais. Pretende-se, com isso, a legitimidade do Governo e do Direito na consecução da justiça social.

A proposição que justifica a unicidade perseguida por esse estudo é o exercício das liberdades clássicas, aliada a uma concretização real dos direitos prestacionais. É por esta via que se torna possível gerar um bem-estar básico para os indivíduos desta geração, bem como impulsionar um movimento ascendente para uma vida melhor ao longo dos anos e o aperfeiçoar cada vez mais da justiça.

Busca-se simultaneamente o desenvolvimento e conforto para a geração atual e uma abertura de oportunidades para as vindouras, atentando para a extensão dos impactos das políticas públicas de hoje no tempo que está por vir, ou seja, este raciocínio visa evitar uma ruptura entre as gerações a partir de um conjunto de ações que tenham consequências positivas tanto para os seres humanos no presente momento quanto para a posteridade.

É mister relatar que os direitos não são e não devem ser estagnados no tempo, nem muito menos os indivíduos, ou seja, o princípio que é analisado neste estudo encontra implicações em variados direitos e o que se busca neste projeto é a unidade da justiça intergeracional com os direitos positivos e a evolução humana.

A efetivação deste princípio, portanto, está intimamente ligada à economia da nação<sup>291</sup>, por um lado, possuindo implicações na racionalização das políticas públicas<sup>292</sup> e, por outro, ao âmbito psicológico dos indivíduos, como os comportamentos humanos que intentam a preservação e a perpetuação desta espécie na Terra, arraigados a estes o comprometimento social e a solidariedade, como refletido outrora.

Inserindo nesse contexto as ações governamentais destinadas à estabilidade econômico-financeira, através de políticas fiscais e extrafiscais, propala-se a inquietação quanto aos efeitos destas medidas no quadro social da comunidade política. Em outras palavras, outro ponto de apreensão do poder público relaciona-se ao retorno da tributação para esta sociedade, através de políticas públicas eficazes, principalmente no campo da concretização dos direitos sociais<sup>293</sup>, viabilizando melhorias nos indicadores sociais.

A partir da análise do quadro geral do Estado percebem-se as implicações de determinado segmento, como, por exemplo, da atividade econômica e dos instrumentos fiscais nas medidas e políticas sociais. Isto exige, sobremaneira, a unicidade de pensamento quanto à boa gestão pública, devendo levar em consideração a estrutura nacional e a ordem internacional, já que a globalização, a fragmentação das fronteiras e a atuação dos organismos transnacionais conduzem a uma nova forma de governança.

---

<sup>291</sup> Para uma análise calcada na relação entre uma economia estabilizada e melhores decisões no campo social para a prossecução de uma sociedade justa, evitando que os menos afortunados caem no estigma violência – crime – drogas, v. GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

<sup>292</sup> Sen chama atenção para as variadas maneiras de se avaliar a real relação de uma determinada política pública e a prossecução da justiça, denotando o elo existente entre justiça social e os direitos positivos. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 106.

<sup>293</sup> As políticas públicas destinadas à concretização dos direitos sociais insere-se na espécie políticas sociais, enraizando-se em variadas vertentes, como a redistribuição de recursos (seja através da criação e gestão de serviços públicos pela Administração para os menos afortunados ou através da progressividade fiscal – ‘redistribuição vertical’ dos recursos); políticas sociais de inclusão social, a exemplo das cotas para ingresso em instituição de ensino superior e em concursos públicos por determinados segmentos da sociedade, ou, ainda, políticas sociais que tenham por finalidade conceder suporte para os indivíduos afetados por riscos inerentes à estrutura social contemporânea, como o desemprego, velhice, doença, através do sistema de segurança social.

O administrador público, portanto, possui o relevante papel de implantar na realidade da comunidade política os preceitos consagrados em textos jurídicos ou não.<sup>294</sup> Os princípios constitucionais idealizam uma estrutura social capaz de atender às necessidades dos indivíduos, seja de forma coletiva e/ou individual, bem como viabilizar o desenvolvimento de sua personalidade. Contudo, com a agitação quanto à ineficácia do Estado paternalista, este panorama sentiu diversas modificações no seu quadro organizativo, com a inclusão de novos atores sociais, seja a sociedade civil, as entidades não governamentais e os organismos internacionais.

Por conseguinte, a atuação de agentes legitimados e competentes para tal fim, através da criação, implantação, desenvolvimento e gestão de políticas públicas<sup>295</sup>, exige um tratamento mais acurado das finanças públicas sob as vestes da sustentabilidade e da racionalidade, devendo verificar os limites estabelecidos pelas regulações, bem como os demais conceitos ligados à ‘*good governance*’.

Esta perspectiva de expressiva importância e de ligação estreita com as políticas de tributação na seara das políticas públicas (sociais) perfaz-se no campo de sua gestão financeira, ou seja, a obtenção de receitas através do Estado fiscal, como já foi delineado anteriormente, e a racionalidade quanto ao destino destas.<sup>296</sup> Esta assertiva responde à indagação feita acerca de quem paga a conta do Estado, isto é, de onde o Poder Público retira os recursos financeiros necessários para atender às necessidades humanas e realizar suas finalidades.

---

<sup>294</sup> Alertando para o fato de que as políticas públicas são objeto de estudo mais específico de outras áreas, além da jurídica, como a sociologia, economia política, entre outras, motivo pelo qual o presente estudo não possui a pretensão de esgotar a matéria.

<sup>295</sup> Os desafios enfrentados no contexto das políticas públicas são de caráter bastante difuso, como a ausência de uma cultura cívica de participação na direção política, bem como a indeterminação, muitas vezes, do instrumento normativo disciplinador de determinada política estatal. BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa. Ordem jurídica, econômica e estatal na concepção de um Estado regulador de garantias por meio de políticas públicas e instrumentos econômicos. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 407-437.

<sup>296</sup> Nesta dupla perspectiva impera a aplicação do fator eficiência no sentido da ‘boa administração’, ideia inculcada em vários documentos internacionais, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, encontrando desenvolvimentos na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Ives Martins salienta a importância de uma eficiência fiscal para um desenvolvimento no aspecto econômico-social: “o que distingue, pelo prisma da eficiência, uma política de arrecadação de uma política tributária é que, a primeira, gera pouco desenvolvimento econômico e social, além de injustiça tributária, e a segunda propicia o crescimento econômico e social e a justiça fiscal.” MARTINS, Ives Gandra da Silva apud SANTOS, Marta Costa. *Op. cit.*, p. 217.

Saliente-se que esta racionalidade perseguida na formulação das políticas públicas implica escolhas – decisões alocativas de recursos escassos<sup>297</sup> - pelos representantes eleitos democraticamente pela sociedade – ‘*tragic choices*’. Isso conduz à negação de outros direitos, sendo necessário um planejamento fundamentado das intervenções estatais selecionadas e um debate entre profissionais de diversas áreas, como juristas, economistas, gestores, e a população. Só assim se pode avaliar o custo-benefício das medidas governamentais, denotando a insuficiência da análise na seara da micro justiça realizada no âmbito do Poder Judiciário.

A dita análise encara, de forma bastante contundente, a questão do princípio da eficiência na atuação estatal, em decorrência de uma relação jurídica administrativa que embasa a ideia de um retorno qualitativo positivo à sociedade, tendo em vista que esta integra o elemento humano – os contribuintes, mantenedores da figura estatal. Revela-se, assim, a interdisciplinaridade entre a ordem jurídica, econômica e social para a manutenção dos valores máximos da sociedade, como a persecução da justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, a ideia geral de eficiência alia a verificação de resultados satisfatórios à escolha racional dos recursos e de meios utilizados para a satisfação das necessidades humanas, trazendo elementos da ciência econômica e, conseqüentemente, critérios utilizados para o melhor funcionamento do mercado no âmbito da Administração Pública.

O princípio da eficiência está estampado no ordenamento jurídico brasileiro no art. 37 da Carta Magna. Com isso, o legislador procura traduzir em normas claras e objetivas a inquietação de toda a sociedade quanto as conseqüências desastrosas que uma má, ineficiente e corrupta gestão pública pode implicar ao deparar-se com desequilíbrios econômico-financeiros, que afetam não apenas os membros atuais da estrutura social, como também a geração vindoura.

A doutrina portuguesa, amparada pelo uso recorrente do princípio e critério da eficiência no seio da Administração Pública<sup>298</sup>, justifica a sua utilização através de diversas

---

<sup>297</sup> Cfr. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídico para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

<sup>298</sup> O programa XVIII Governo Constitucional 2009-2013 enuncia a eficiência como uma das diretrizes para a sustentabilidade financeira do Estado, ao lado da modernização da gestão dos recursos públicos e do reforço da *Governance* e transparência (“sinceridade financeira”) dos processos de gestão dos recursos públicos.

abordagens, no esteio da dogmática alemã quando se trata da aplicação do direito constitucional não escrito. Para outros autores, a dinâmica do Estado Social por si só revela a necessidade de tal prática. Por fim, sugerem alguns que o princípio da eficiência decorre das orientações da ordem constitucional lusitana.<sup>299</sup>

Suzana Tavares<sup>300</sup> expõe a limitação constitucional em relação ao princípio referido (art. 81, “c” e “d” da Constituição da República Portuguesa) como parâmetro de organização do setor público e como critério de funcionamento do mercado. Contudo, manifesta a sua relevância e premência nos contextos da organização administrativa, da gestão financeira equilibrada e racional e dos procedimentos administrativos, sendo propulsionada a verificação do critério da eficiência nestes setores pelo ‘transconstitucionalismo’ e pela diluição noutros princípios e valores constitucionais.

A observância do princípio da eficiência conduz assim a uma dupla perspectiva: (i) a função obtida a partir de uma visão administrativa do princípio e (ii) a função retirada da dimensão de controle.

A primeira perspectiva relaciona-se com as escolhas advenientes das decisões alocativas das funções executiva e legislativa, que devem possuir como sustentáculo as bases da informação, o acompanhamento técnico especializado, o debate público acerca das necessidades humanas e a alocação racional dos recursos. Trata-se de elementos enaltecidos a partir da política britânica do ‘*new public management*’. Nesse sentido, a proposta de alteração do agir administrativo para ações e medidas mais consistentes e eficazes, levando a sério as novas bases da boa administração, revela-se premente, face à mudança do tecido social<sup>301</sup>, e ao contexto de (in)sustentabilidade global.

O segundo momento de aplicação do princípio da eficiência realiza-se no âmbito de controle judicial<sup>302</sup> da primeira função, em que o poder julgador não possui legitimidade nem critérios justificativos para uma análise da política em si. A avaliação jurisdicional recairia sobre a implementação destas políticas, ou seja, nos meios escolhidos pela atividade

---

PORTUGAL. Assembleia da República. Programa do XVIII Governo Constitucional 2009-2013. Disponível em: <<http://goo.gl/78D8Uh>> Acesso em: set. 2014.

<sup>299</sup> SANTOS, Marta Costa. *Op. cit.*, p. 215-216.

<sup>300</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio (fundamental) da eficiência*. III Encontro de Professores de Direito Público. Porto, 30 de Janeiro de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/wbx153>> Acesso em: set. 2014.

<sup>301</sup> Neste ponto, eleva-se a figura do cidadão-cliente (terminologia *trendy*) na busca de uma melhor qualidade dos serviços públicos. *Ibid.*, p. 29.

<sup>302</sup> Para uma análise acerca deste tipo de controle no âmbito português, brasileiro e sul-africano, v. ALEXANDRINO, José de Melo. Controle jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 147-169.

administrativa. Os elementos que fundamentariam a tomada de decisão seriam os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé e, de modo subentendido, o princípio da eficiência, ampliando o campo hermenêutico para além da verificação da legalidade.

Portanto, torna-se imperioso o uso de instrumentos de fiscalização e a instituição de indicadores sociais técnico-científicos<sup>303</sup> em determinados períodos de tempo para demonstrar a eficiência e a racionalidade das medidas governamentais e para travar os efeitos negativos da ineficácia de uma gestão financeira ineficaz. É desejável que sejam mais expressivos os índices da participação da sociedade na gestão de políticas públicas, tal como é importante comprovar-se a adequação do binômio gastos públicos despendidos e resultados qualitativos obtidos. Tudo isto deve ser feito a partir da análise dos resultados de variantes, viabilizando a evolução progressiva e constante da nova política econômica sustentável perseguida nos dias de hoje.

### **3.3.3 O papel do Direito no sentido de uma ética do futuro**

Nas linhas finais do presente estudo, salientando-se que não houve intenção de esgotar o tema proposto, devido à sua complexidade e à imbricação com outros domínios do saber e com variados ramos do Direito, procura-se levantar o problema da justiça intergeracional, sob a tutela do Direito positivo vigente nos diferentes ordenamentos jurídicos espalhados pelo globo terrestre.

A mudança de mentalidade, manifestada pelo maior empenho e participação ativa da comunidade nos movimentos sociais, bem como a atuação do setor privado em confluência com as medidas adotadas no âmbito do poder público, é reveladora de uma preocupação com a sustentabilidade do atual modelo de Estado. Paralelamente, desenvolve-se uma reflexão acerca da justiça intertemporal, construindo-se um elo entre as ações de hoje e a mitigação dos gravosos danos para o tempo presente e para o futuro.

Contudo, isto não figura como soluções últimas ou suficientes.

A necessidade de uma regulação através do Estado de Direito, a partir de preceitos disciplinadores das atuações já referidas, principalmente no âmbito das atividades fiscais realizadas pelo entidade pública mostram-se necessárias. Mas, muitas vezes, a atuação desarrazoada do governante visa, sobretudo, uma política de satisfação das necessidades

---

<sup>303</sup> RIBAS, Lúcia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da. *Op. cit.*, p. 396 et seq.

atuais dos seus eleitores e aliados, relegando as consequências nefastas para a posteridade, caracterizando um dilema fundamental e um problema estrutural da democracia.<sup>304</sup>

Logo, a dúvida que se coloca é a de saber a maneira como a Constituição, enquanto instrumento de limitação do poder público, por um lado, e fomentadora de ações viabilizadoras de um bem-estar, por outro, pode inserir uma vinculação do ente estatal aos interesses das futuras gerações, pautando os seus processos decisórios a partir de uma responsabilização para com o futuro.<sup>305</sup>

O debate inicial da perspectiva jurídico-constitucional perpassa pela vinculação do Estado de Direito a uma ética fundada no futuro, tendo em vista a (im)possibilidade de conferir a posição de titular de um direito a indivíduos que ainda não nasceram.

A análise simplista daqueles que defendem a hipótese de insustentabilidade de tal possibilidade é justificada e limitada pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Entretanto, a estrutura multifuncional de tais direitos, através de sua extensão objetiva, implica na atribuição de direitos a todos os homens, em todos os lugares e tempos.<sup>306</sup> A dimensão intergeracional foca-se, então, nos deveres da geração atual para com aqueles que não vão suceder-lhes, bem como na limitação dos direitos da geração contemporânea, já que a utilização abusiva e desarrazoada dos direitos produz efeitos nos direitos das gerações vindouras.<sup>307</sup>

Nesse sentido, a necessidade de salvaguardar as gerações vindouras, na perspectiva de uma ética do futuro, revela-se premente. As orientações delineadas por Joerg Tremmel<sup>308</sup> conduzem à institucionalização de medidas de tutela dos interesses das gerações futuras, seja por meio de soluções normativas, com a incorporação de normas em sede constitucional<sup>309</sup>, como limitações orçamentárias, a fim de evitar o aumento desproporcional do endividamento público, seja através de soluções institucionais. Estas últimas devem ativar-

---

<sup>304</sup> Neste sentido, TREMMEL, Joerg Chet. *Op. cit.*, p. 188.

<sup>305</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Op. cit.*, p. 480.

<sup>306</sup> *Loc. cit.*

<sup>307</sup> Jorge Pereira da Silva denota a característica natural da atemporalidade dos direitos fundamentais. Logo, manifesta uma dimensão intergeracional destes direitos, incluindo-se na dogmática brasileira os direitos sociais, a qual implica na observância da preservação do catálogo inserto na ordem constitucional nacional para os indivíduos contemporâneos, bem como, para as gerações futuras. *Loc. cit.*

<sup>308</sup> TREMMEL, Joerg Chet. *Op. cit.*, p. 188 et seq.

<sup>309</sup> Joaquim Rocha segue a mesma linha, propugnando limites constitucionais para que haja a observância da equidade intergeracional na gestão das finanças públicas, como a positivação de regras de exigência de equilíbrios orçamentários, já existentes em muitas ordens jurídicas; o estabelecimento de limites máximos para a despesa pública e dívida pública, bem como a restrição ou proibição de recurso ao crédito. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Op. cit.*, p. 629-630.

se pela mediação de entidades e órgãos<sup>310</sup> que atuem no sentido de desenvolver uma fiscalização e um combate aos efeitos nocivos de quaisquer atos que venham atingir as pessoas ainda não nascidas. Esta atuação é verificada na vertente ambiental principalmente.

No primeiro plano, o autor menciona o modo através do qual as cláusulas referentes à justiça intergeracional se encontram dispostas em documentos constitucionais de alguns países. Para tal, podem valer-se para a sua positivação de cláusulas gerais<sup>311</sup>, de normas com referência à questão ecológica<sup>312</sup> e também de preceitos relativos à atividade financeira<sup>313</sup>, todos eles direcionados para a sustentabilidade da humanidade.

Portanto, a positivação de normas tendentes a fornecer um fundamento legal e/ou constitucional face à preocupação com as futuras gerações mostra-se como instrumento substancial para a conscientização gradual e constante dos múltiplos atores sociais envolvidos, no sentido de um empenho conforme com uma teoria da justiça intergeracional.

A incursão do Direito neste domínio pode ainda ser analisado em uma outra perspectiva, em que se colocam os fatos e as situações atuais sob as diretrizes da sustentabilidade, ou seja, o parâmetro normativo atuando no atual “estado de emergência econômico-financeiro”.<sup>314</sup> Com efeito, os juristas devem utilizar preceitos constitucionais e não simplesmente condicioná-los aos critérios econômicos em tempos de instabilidade.

Nesse sentido, este estado de exceção funcionaria como parâmetro supralegal, concedendo um suporte legitimador de medidas de prossecução do (re)equilíbrio financeiro, no sentido de partilha dos riscos, como a limitação de possíveis indenizações decorrentes do incumprimento de obrigações contratuais. Logo, o incumprimento ou a renegociação dos

---

<sup>310</sup> Israel e Hungria são exemplos deste tipo de abordagem, v. TREMMEL, Joerg Chet. *Op. cit.*, p. 191; AGIUS, Emmanuel. *Op. cit.*, p. 322-323.

<sup>311</sup> São citados como exemplos os preâmbulos das Constituições da Estônia, Polónia e Ucrânia. TREMMEL, Joerg Chet. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>312</sup> Além dos casos já citados, como o brasileiro e português, grande número de textos constitucionais explicitam a preocupação relativa à posteridade com ênfase na situação ambiental, como percebe-se a partir do art. 41, n. 1 da Constituição Argentina e do art. 20a da Lei Fundamental de Bona. *Ibid.*, p. 193-196.

<sup>313</sup> Em número mais reduzido existem, em sede constitucional, cláusulas ligadas à matéria financeira, como a Lei Fundamental Germânica em seus artigos 109 e 115. *Ibid.*, p. 197. Hubertus Guimarães expõe uma crítica substancial a esta cláusula financeira alemã, com base na cláusula de exceção redigida posteriormente e na ampla margem imputada pela Corte Constitucional Federal às atuações, muitas vezes, desarrazoadas dos parlamentares. GUIMARÃES, Hubertus Fernandes. *O Estado Social contemporâneo: um modelo sustentável?* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 129p. Coimbra, 2012.

<sup>314</sup> Suzana Tavares analisa os desenvolvimentos do atual contexto de escassez, procurando demonstrar o relevante papel da juridicidade face ao caos gerado pela anormalidade econômico-financeira e fiscal. SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 61-91.

contratos em que o Estado intervenha adviria de uma situação temporária do estado de necessidade financeiro.<sup>315</sup>

A par disso, a observância ao princípio da igualdade para a contribuição dos encargos públicos insere-se como disciplina substancial na temática da distribuição igualitária dos riscos e efeitos danosos no atual contexto de escassez de recursos disponíveis, configurando-se impossível a manutenção dos níveis e indicadores sociais de outros tempos.

O princípio da universalidade também deve entrar nas decisões jurisdicionais no contexto de agravamento fiscal, a partir da análise minuciosa de medidas majorantes de tributos e concessão de benefícios fiscais, evitando a sobrecarga de um determinado segmento social, situação geradora do fenômeno do *apartheid fiscal*, já explorado em linhas anteriores e, conseqüentemente, do desequilíbrio das finanças públicas.

Ao lado das soluções apresentadas ao longo do presente estudo, insiste-se na importância de olhar para as disposições constitucionais e legislativas, sejam elas substantivas, processuais ou institucionais, já existentes nas ordens jurídicas nacionais e a relevância de sua concretização, principalmente no campo dos direitos sociais, que consubstanciam um maior relevo no fomento do bem-estar, expondo, neste diapasão, a relação intrínseca entre a concretização dos direitos fundamentais sociais e a preocupação com as gerações futuras.

Portanto, a justiça intergeracional revelou-se, sobremaneira, uma problemática tão atual, interessante e rica em desenvolvimentos que a sua proteção, sob as vestes da ética do futuro e da responsabilidade para com a posteridade, requereu a intervenção da ciência jurídica. Só assim se deu azo a que o tema entrasse nos debates públicos como uma pauta de valores mais sólidos e possuísse um caráter de vinculação dos poderes públicos, e dos membros do tecido social.

---

<sup>315</sup> NABAIS, José Casalta. *Da sustentabilidade...*, cit., p. 33-34.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A premência e a fundamentalidade dos direitos prestacionais são notórias no seio social da comunidade, externadas a partir das reivindicações de grupos menos favorecidos que visam um desenvolvimento fundado em uma melhor qualidade de vida, assim como é de fácil observação a intensa reflexão em torno deste tema na esfera jurídica, objeto de vasta legislação interna e internacional, ao lado dos direitos tradicionais.

Entretanto, é imperioso afirmar que não basta uma positivação de ditos direitos. Urge torná-los reais, evitando um tratamento de meros compromissos políticos assumidos em determinado momento histórico sem força coerciva. Na verdade, de nada adianta a força discursiva que esses direitos adquiriram ao longo dos anos, se são cotidianamente violados pelos mais diversos obstáculos, como os entraves econômico-financeiros e éticos e as omissões em variados campos.

O atual estágio de desenvolvimento, consubstanciado no colapso do Estado social, exige uma reformulação de base, que vá ao encontro do desejo de concretização dos direitos sociais. A orientação deve ser feita no sentido de ajudar quem realmente precisa, colocando esses membros da comunidade no círculo da inclusão social e da dignidade da pessoa humana.<sup>316</sup> Além disso, devem-se criar condições para que os indivíduos menos abastados de gerações futuras usufruam das novas diretrizes do Estado social.

O tratamento da justiça intergeracional e os meios para se alcançar tal princípio, no que concerne ao desenvolvimento qualitativo da vida dos indivíduos da presente geração e das que hão de vir, foi o ponto central deste trabalho, tendo em vista a racionalidade na utilização deste princípio, pois os investimentos atuais, feitos de forma consciente, podem ser percebidos pela comunidade, que com eles beneficia, ao longo dos anos. Por conseguinte, há uma constante evolução no sentido de justiça e do bem-estar coletivo.

O papel das instituições é de suma importância para a conquista da equidade intergeracional, pois o correto exercício das atribuições de cada poder fornece a garantia e concretização dos postulados constitucionais. Este é um ponto de intenso debate atualmente,

---

<sup>316</sup> José Faria abraça este raciocínio: “Os direitos sociais não se configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.” FARIA, José E. apud RODRIGUES, João Mendes. *Estrutura dos direitos sociais: dificuldades e possibilidades de justiciabilidade*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 137p. Coimbra, 2007. p. 45.

em um contexto de crise global que afeta vários países, principalmente no continente europeu.

A Administração Pública deve possuir a sensibilidade necessária no momento de formulação dos planos governamentais para que estes expressem e garantam a necessidade de se assegurar um desenvolvimento sustentável. Não deve aspirar-se apenas à obtenção de resultados a curto prazo para conquistar benefícios pessoais e político-partidários. Da mesma forma, não se pode alegar óbices econômicos para o incumprimento dos direitos positivos, deve-se encará-los como ‘cláusulas de planejamento de efetivação’, ensejando uma noção de gradualidade em sua concretização.

Os representantes da soberania popular, agraciados com a responsabilidade legislativa, com base em um processo democrático, devem assumir o seu compromisso ético com a sociedade suprimindo as lacunas existentes na atual legislação, em relação aos direitos sociais fundamentais sociais, exercendo tal prerrogativa ao lado do Poder Executivo na realização de políticas públicas que possibilitem um progresso social.

Pelo exposto, o texto também pretende afastar a ideia segundo a qual o Poder Judiciário é o salvador, uma vez que as necessidades podem ser satisfeitas apenas para os indivíduos que buscam uma decisão na esfera judicial, aspecto gerador da crescente judicialização, principalmente no campo social. Esta atuação enérgica do Judiciário, apesar de ser necessária em determinados contextos, manifesta uma preocupante reflexão, uma vez que as pessoas legitimadas para julgar lides (micro conflitos) infere-se, cada vez mais, na esfera de decisões políticas (macro conflitos), desviando, sobremaneira, do núcleo do princípio da separação dos poderes, um dos eixos de sustentação do Estado constitucional.

Assim, esta esfera possui a legitimidade de controle, consubstanciado no caráter harmônico dos poderes, pelo que deve ser encarada em uma perspectiva macro da problemática, e não somente na ótica da resolução de conflitos individuais. Ora, isto exige o debate público que dê voz à interação dos indivíduos com o setor privado e com o setor público, tornando real o exercício da democracia e da cidadania.

Não se pode colocar um véu sobre os erros do passado e do tempo presente. Eles devem ser utilizados como parâmetros de onde se devem extrair lições, para que não voltem a ser cometidos no futuro. Assim, deve-se desenhar um porvir sob uma ótica sustentável, o que torna necessária a alteração na forma de gestão das finanças públicas, a formulação consciente de políticas públicas eficazes e o desenvolvimento de soluções jurídicas que

revelam uma maior responsabilização quanto ao futuro da espécie humana, através de um nível de bem-estar social mais igualitário.

Neste sentido, procura-se o traçado do equilíbrio, no qual uma atuação eficiente das instituições demonstre respeito pelo espaço individual, ao mesmo tempo que promove um desenvolvimento econômico-social sustentável de perspectiva futura.

Em suma, o principal objetivo deste trabalho acadêmico foi o de proceder à identificação de diretrizes para a prossecução da justiça, por meio da atuação positiva e eficiente dos diversos setores de organização, seja esta decorrente de uma prática legislativa, executiva, judicial ou de uma movimentação popular, buscando-se, assim, a concretização real dos direitos prestacionais sob as vestes da sustentabilidade, abarcando os interesses da geração atual e dos indivíduos que ainda não nasceram, já que estes não podem ser sacrificados em nome das irresponsabilidades e da ausência de ética dos cidadãos atuais, concedendo, com isto, uma ótima oportunidade para refletir sobre a sustentabilidade do Estado e até da humanidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABROMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 2, n. 2, 2005, p. 189-223.

ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGIUS, Emmanuel. Intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 317-332.

ALEXANDRINO, José de Melo. Controle jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 147-169.

\_\_\_\_\_. A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 15-37.

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

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ANDRADE, Fernando Gomes de. *Dos direitos sociais de caráter prestacional face ao artigo 5º parágrafo 1º da constituição federal de 1988: normas programáticas ou auto-executáveis?* Disponível em: <<http://goo.gl/xb74aO>> Acesso em: set. 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Análise dos direitos sociais constitucionais à luz da Retórica. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, n. 198, Brasília, abr./jun. 2013, p. 209-221.

ATRIA, Fernando. Los peligros de la constitución: la idea de igualdad en la jurisdicción nacional. In: *Cuadernos de análisis jurídico*. N. 36, Santiago: Escola de derecho Universidad Diego Portales, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3-48.

\_\_\_\_\_. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-240.

\_\_\_\_\_. Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 123-150.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://goo.gl/YIrlWk>> Acesso em: set. 2014.

BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 53-71.

BERCOVICI, Gilberto. *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese (Livre-Docência) - Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 172p. São Paulo, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. Madrid: Aguilar, 1973.

BOGGI, Cassandra Libel Esteves Barbosa. Ordem jurídica, econômica e estatal na concepção de um Estado regulador de garantias por meio de políticas públicas e instrumentos econômicos. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 407-437.

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

\_\_\_\_\_. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). *Direitos humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 825-840.

BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação*. Disponível em: <<http://goo.gl/CNzn3>> Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: <<http://goo.gl/vwNpVJ>> Acesso em: ago. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). *Direitos humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 693-711.

CABRAL, Nazaré da Costa. As autarquias locais e a luta contra a pobreza. In: FERREIRA, Eduardo Paz *et al.* *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 151-164.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. Mutações da cidadania: da comunidade ao estado liberal. *Revista Sequência*. N. 55, Florianópolis, dez. 2007, p. 65-94.

CALDEIRA, Marco. A “soberania popular” em Jean-Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão) diferentes? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 51, n. 1-2, Lisboa, 2010, p. 527- 572.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. V. 25, n. 56, Porto Alegre, dez. 2002, p. 25-40.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 145-154.

\_\_\_\_\_. Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado Social. *Nova Cidadania: Liberdade e Responsabilidade Pessoal*. Ano VIII, n. 31, Lisboa, jan./ mar. 2007, p. 39-40.

\_\_\_\_\_. <<Metodologia fuzzy>> e <<camaleões normativos>> na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 97-113.

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 35-68.

\_\_\_\_\_. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 243-268.

\_\_\_\_\_. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. *Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos*. Vol. VIII, n. 13, 2010, p. 7-18.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito*. Disponível em: <<http://goo.gl/0fC8GK>> Acesso em: fev. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Graciele Neto. *A participação dos atores sociais na Direção político-social: uma necessidade de se (re)pensar o Estado contemporâneo a partir da (re)leitura dos Direitos Sociais e da (re)definição da Teoria Geral do Estado com ênfase no contexto brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 220p. Coimbra, 2007.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CATARINO, Acácio. Ação solidária de proximidade: breve reflexão. In: FERREIRA, Eduardo Paz *et al.* *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 165-176.

CAUPERS, João. A agonia do Estado Social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 45-49.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14, n. 54, São Paulo, jan./mar. 2006, p. 28-39.

COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. *Revista da ESMESC*. V. 15, n. 21, Santa Catarina, 2008, p. 107-120.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional: a justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, Porto, 2010, p. 35-43.

COSTA, Francisco de Sales Ramos da. *O plano Beveridge criticado*. Lisboa: Seara Nova, 1943.

COSTA, Hirdan Catarina de Medeiros. *O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação na renda de hidrocarbonetos: temática energética crítica na análise institucional brasileira*. Tese (Doutorado em Ciências) Programa de Pós-graduação em Energia - Instituto de Eletrotécnica e Energia / Escola Politécnica / Faculdade de Economia e Administração / Instituto de Física da Universidade de São Paulo. 342f. São Paulo, 2012.

CUENCA, Encarnación Carmona. Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica. *Revista de Estudios Políticos*. N. 76, Madrid, abr./jun. 1992, p. 103-125.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y democracia*. Disponível em: <<http://goo.gl/IhXBWc>> Acesso em: fev. 2014.

DIÁZ, José Ramón Cossío. *Estado Social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

DIERKSMEIER, Claus. John Rawls on the rights of future generations. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 72-85.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. *Revista de direitos e garantias fundamentais*. N. 3, Vitória, jul./dez. 2008, p. 31-48.

DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo: história de um debate. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (Org.). *Direitos humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 229-268.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. Cambridge: Polity Press, 1990.

EUROPA. União Europeia. *European Statistical System*. Disponível em: <<http://goo.gl/ErbTZk>> Acesso em: set. 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FARREIRO, Vítor. *O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no estado social de direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FERREIRA, Paulo Marrecas. Finanças públicas e sustentabilidade: desafios para uma Justiça Intergeracional que não sacrifique o futuro pelo desaparecimento dos presentes. In: FERREIRA, Eduardo Paz; TORRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (Org.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier: economia, finanças públicas e direito fiscal*. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2013, p. 587-607.

FIDÉLIS, Teresa; PIRES, Sara Moreno. Implementação da Agenda Local 21 em Portugal: desafios para a sustentabilidade local. *RevCEDOUA - Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. Ano XI, n. 21, 2008, p. 39-57.

FONSECA, Fernando Adão da. *Contributos para a definição do Estado Social no século XXI: o Estado Garantia*. Disponível em: <<http://goo.gl/SwRXvD>> Acesso em: maio 2014.

FONTES, José. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. 3. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Perieto Guhur. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 16, n. 63, São Paulo, abr./jun. 2008, p. 81-129.

FREIRE, André (Org.). *Sociedade civil, democracia participativa e poder político: o caso do referendo do aborto*, 2007. Lisboa: Fundação Friedrich Ebert, 2008.

FREITAS, Juarez. O princípio constitucional da precaução e o direito fundamental à boa Administração Pública: por uma visão de longo prazo nas relações intertemporais de Direito Público. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. V. 7, n. 7, Curitiba, jan./dez. 2007, p. 407-421.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Crise do estado fiscal, competitividade e bem-estar social. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 101-114.

GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa*. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARDINER, Stephen M. Protecting future generations: intergenerational buck-passing, theoretical ineptitude and a brief for a global core precautionary principle. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 148-169.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Carla Amado. Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 19-34.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 13, n. 53, São Paulo, out./dez. 2005, p. 40-54.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Vol. II. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GUIMARÃES, Hubertus Fernandes. *O Estado Social contemporâneo: um modelo sustentável?* Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 129p. Coimbra, 2012.

HÄBERLE, Peter. A constitutional law for future generations – the ‘other’ form of the social contract: the generation contract. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 215-229.

\_\_\_\_\_. La dignidade como fundamento de la comunidade estatal. In: SEGADO, Francisco Fernández (Coord.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2008, p. 175-237.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 102, São Paulo, jan./dez. 2007, p. 371-395.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York • London: W. W. Norton & Company, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

KIRCHHEIM, André; FEITEN, Pedro Reinaldo. O iminente conflito intergeracional na disputa da agenda das políticas de bem-estar social. In: CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer (Org.). *Direitos Humanos, Constituição e Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 99-110.

LEAL, Rogério Gesta. Qual democracia? A necessidade premente de romper com a univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político. *Revista do Direito*. N. 39, Rio Grande do Sul, jan./ jul. 2013, p. 03-17.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LOPES, José Silva. As políticas orçamentais de combate à presente crise económica. In: FERREIRA, Eduardo Paz *et al.* *Conferência crise, justiça social e finanças públicas*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 41-57.

LOUREIRO, João Carlos. O político e o social em Deus caritas est: entre a justiça e a caridade. *Revista do Centro Acadêmico de Democracia Cristã*. N. 7, Coimbra, dez. 2006, p. 53-122.

\_\_\_\_\_. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do Fernrech e da Fernverfassung em diálogo com Castanheira Neves. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXVI, Coimbra, 2010, p. 15-47.

LUMER, Christoph. Principles of generational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 39-52.

MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas como guardião da Constituição? A relevância constitucional do controlo financeiro externo em tempos de crise. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de *et al* (Coord.). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, vol. II, 2012, p. 149-163.

MARTINEZ, Vinício C. *Estado de bem estar social ou Estado social?* Disponível em: <<http://goo.gl/mykssj>> Acesso em: nov. 2013.

MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. O Estado Social no contexto internacional e europeu. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, Porto, 2010, p. 85-95.

MARTINS, Rui Cunha. Estado, tempo e limite. *Revista da História das Artes*. V. 26, Coimbra, 2005, p. 307-342.

MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. V. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 657-683.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e ordem social. In: *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. São João do Estoril: Princípia, 2006, p. 45-84.

\_\_\_\_\_. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. In: *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. São João do Estoril: Princípia, 2006, p. 469-481.

\_\_\_\_\_. O regime e a efetividade dos direitos sociais nas constituições de Portugal e do Brasil. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 319-343.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Os novos paradigmas do Estado Social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. V. 2, n. 4, Rio de Janeiro, jul./dez. 2012, p. 10-25.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 15-46.

MOREIRA, Egon Bockmann; KANAYAMA, Rodrigo Luís; A solvência absoluta do Estado Vs. A reserva do possível. In: OTERO, Paulo; ARAÚJO, Fernando; GAMA, João Taborda da. *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. V. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 139-160.

MOREIRA, Isabel. *A solução dos conflitos: liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios*. Conferência de Abertura do XVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Brasília 2008. Tradução: Ana Paula Costa Barbosa. Disponível em: <<http://goo.gl/4SB54t>> Acesso em: abr. 2014.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-196.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações a solidariedade e a cidadania. In: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade sem responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 131-161.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, p. 51-83.

\_\_\_\_\_. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 11-59.

\_\_\_\_\_. A crise do estado fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 19-62.

NEVES, Ilídio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NEVES, Ilídio das; MAIA, Fernando. *Segurança social: problemas e desafios*. Braga: Centro Regional de Segurança Social de Braga, 1988.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-estar Social - origens e desenvolvimento. *Revista Katálysis*. N. 5, Santa Catarina, jul./dez. 2001, p. 89-103.

NOVAIS, Jorge Reis. O Tribunal Constitucional e os direitos sociais – o direito à segurança social. *Jurisprudência Constitucional*. N. 6, Coimbra, abr./jun. 2005, p. 3-14.

\_\_\_\_\_. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

NUNES, Rui. *Estudo nº E/15/APB/09 – Reinventar o Estado Social*. Disponível em: <<http://goo.gl/uixyRu>> Acesso em: nov. 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. 378p. Curitiba, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PARIJS, Philippe Van. Basic income and two dilems of the welfare state. *The Political Quarterly*. V. 67, n. 1, jan./mar. 1996, p. 63-66.

PASSOS, Fabio Luiz dos. Direitos sociais como ferramentas de pacificação social: considerações sobre o custo dos direitos. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*. Ano II, v. 8, n. 8, Porto Alegre, abr. / maio 2012, p. 50-57.

PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. A dignidade humana: Kant e seus fundamentos. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. V. 6, n. 2, Rio de Janeiro, out. 2013, p. 51-68.

PEREIRINHA, José António. *Política social. Formas de actuação no contexto europeu*. Lisboa: Universidade Aberta, 2008.

PEREIRINHA, José António; CAROLO, Daniel Fernando. *Construção do Estado-providência em Portugal no período do Estado Novo (1935-1974): notas sobre a evolução da despesa social*. Comunicação apresentada no XXVI Encontro da APHES (Associação Portuguesa de História Económica e Social). Ponta Delgada – Portugal, em 17-18 novembro de 2006.

PEREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 5 ed., Madri: Tecnos, 1993.

PISARELLO, Gerardo. Derechos sociales en el constitucionalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Ano XXXI, n. 92, México, maio/ago. 1998, p. 439-456.

\_\_\_\_\_. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PORTUGAL. Assembleia da República. Programa do XVIII Governo Constitucional 2009-2013. Disponível em: <<http://goo.gl/78D8Uh>> Acesso em: set. 2014.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos Pinto Correia. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2013.

RIBAS, Lídia Maria; SILVA, Hendrick Pinheiro da. Reflexões sobre a importância do estabelecimento de limites orçamentários e indicadores de monitoramento na gestão de políticas públicas no Brasil. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 387-405.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Medidas fiscais e políticas públicas em tempos de crises econômicas. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 63-99.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um direito financeiro equigeracional. In: CORREIRA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 619-639.

RODRIGUES, João Mendes. *Estrutura dos direitos sociais: dificuldades e possibilidades de justiciabilidade*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 137p. Coimbra, 2007.

ROQUE, Miguel Prata. Juízos precários de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso dos direitos fundamentais. *Estudos de homenagem ao professor Doutor Jorge Miranda*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, vol. II, 2012, p. 849-896.

ROSAS, João Cardoso. Do Estado de Direito ao Estado Garantia. *Nova Cidadania: Liberdade e Responsabilidade Pessoal*. Ano VIII, n. 31, Lisboa, jan./ mar. 2007, p. 33-35.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Leonardo Manuel Pereira Brum. 5. ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa; FERREIRA, Sílvia. Uma reforma realista da segurança social. *Revista Internacional Católica Communio*. Ano XV, n. 4, Lisboa, ago. 1998, p. 373-377.

\_\_\_\_\_. A reforma do Estado-Providência entre globalizações conflitantes. In: HESPANHA, Pedro; CARAPINHEIRO, Graça (Org.). *Risco social e incerteza: pode o Estado Social recuar mais?* Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 176-225.

SANTOS, Luís Máximo dos. As medidas de combate à crise financeira em Portugal. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*. Ano 2, n. 1, Coimbra, mar. 2009, p. 95-117.

SANTOS, Marta Costa. Novos paradigmas no controlo do sistema fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 205-250.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos. In: LINEIRA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010, p. 35-61.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIEYES, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Tradução de Teresa Meneses. Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.

SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras. In: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. (Org.). *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 459-503.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. V. 212, Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, p. 84-94.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio (fundamental) da eficiência*. III Encontro de Professores de Direito Público. Porto, 30 de Janeiro de 2009. Disponível em: <<http://goo.gl/wbx153>> Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 61-91.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

\_\_\_\_\_. Razão de Estado e princípio da razoabilidade. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 115-151.

\_\_\_\_\_. O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013. *Cadernos de Justiça Tributária*. N. 00, Braga, abr./jun. 2013, p. 6-18.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra, Almedina, 2007.

SILVA, Wesley Helker Felício. *Política de renda mínima no Brasil: análise dos postulados do Bolsa Família*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) - Universidade Federal de Juiz de Fora. 162p. Juiz de Fora, 2010.

SOUSA, Luís Verde de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXXIII, Coimbra: 2007, p. 747-803.

STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 291-323.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÜSSMUTH, Bernd; WEIZSÄCKER, Robert K. von. Institutional determinants of public debt: a political economy perspective. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 170-184.

TEODORO, Adilson *et al.* *Breves considerações teóricas sobre os paradigmas do estado liberal, do estado social e do estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://goo.gl/ME8xDB>> Acesso em: set./2013.

TERRA, Eugênio Couto. Anotações sobre a (im)possibilidade de desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais. *Revista da AJURIS*. Ano XXVI, n. 81, Tomo I, Porto Alegre, mar. 2001, p. 66-75.

TREMMEL, Joerg Chet. Establishing intergenerational justice in national constitutions. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.) *Handbook of intergenerational justice*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2006, p. 187- 214.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. N. 71, Belo Horizonte, jul. 1990, p. 7-55.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei – a causa de lei na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

WICKERI, Elisabeth. Grootboom's legacy: securing the right to access to adequate housing in South Africa? *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Economic, Social and Cultural Rights Series*. N. 5, New York, 2004. Disponível em: <<http://goo.gl/VHBVli>> Acesso em: set./ 2014.

YEPES UPRIMNY, Rodrigo. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 4, n. 6, 2007, p. 52-69.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. ADPF 45 MC/ DF, Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 04 maio 2004.

\_\_\_\_\_. Pleno. ADI 3.540 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 03 fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 410715 AgR / SP. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 03 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 94.358-SC, Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, 29 abril 2008.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Recurso Extraordinário 594018 AgR/SP, Relator: Min. Eros Grau. Diário de Justiça da União, Brasília, 07 agosto 2009.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 105/90, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em: <<http://goo.gl/wGdX6N>> Acesso em: jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 349/91, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Alves Correia. Disponível em: <<http://goo.gl/TeJiRn>> Acesso em: set. 2014.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 148/94, Plenário, Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca. Disponível em: <<http://goo.gl/0IME2s>> Acesso em: jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 474/02, Plenário, Relator: Conselheiro Bravo Serra. Disponível em: <<http://goo.gl/DMd6Vh>> Acesso em: jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 509/02, Plenário, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://goo.gl/WoB0Pb>> Acesso em: jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 593/08, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://goo.gl/Dr3WZN>> Acesso em: jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 575/14, Plenário, Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Conselheira Maria Lúcia Amaral). Disponível em: <<http://goo.gl/yLnyYu>> Acesso em: set. 2014.