

## Proibição do Excesso, Proibição do Defeito e Garantia do Conteúdo Mínimo nas Colisões de Direitos Sociais<sup>1</sup>

### *Excess Prohibition, Defect Prohibition, and Minimum Content Guarantee in Social Rights Collisions*

**VITALINO CANAS<sup>2</sup>**

Universidade de Lisboa, Lisboa. Portugal.

RESUMO: A doutrina e parte da jurisprudência universais têm assumido paulatinamente que a estrutura dos direitos sociais não difere significativamente da estrutura dos direitos de defesa. Isto leva a inferir que os direitos sociais – ou, mais propriamente, as diferentes situações jurídicas subjetivas em que se desdobram – entrem em vários tipos de colisão com outros bens, interesses ou valores. Identificados esses tipos de colisão, pode então definir-se quais os instrumentos adequados para cumprir as exigências de um processo substantivo devido na composição de cada um deles. Sustenta-se que os instrumentos mais adequados são, variando em função de cada colisão, a proibição do excesso, a proibição do defeito e a garantia do conteúdo mínimo do direito. As jurisdições constitucionais mostram inclinação para considerável uniformidade na reação às interferências em dimensões negativas, ou ao retrocesso na efetivação, de direitos sociais, bem como na situação de eventual incumprimento da dimensão positiva desses direitos.

ABSTRACT: Global scholarship and court decisions have been gradually assuming that social rights structure does not differ radically from political and civil rights structure. This assumption drive us into the conclusion that social rights – meaning all different claims in which they unfold – might enter in several kinds of collision with other principles, rights, interests or values. After identifying all those possible kinds of collisions one can define what are the tools or standards suitable for the due substantive process to be performed for overcoming each of them. In this paper it is argued that the most suitable tools are classical proportionality (“proibição do excesso”), prohibition of the insufficient promotion of the social right (“proibição do defeito”) and the guarantee of the minimum core of the social right. At global level constitutional courts show considerable uniformity as far as the reactions against limitations to the negative dimensions of the social rights are concerned and

1 Uma versão anterior deste estudo integra um livro editado pelo autor contendo uma coletânea de trabalhos de alunos do Mestrado e do Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0349-5793>.

also when it comes to the review of any eventual breach of the duties of promotion of the positive dimensions of the social rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Brasil; 1.1 O contexto normativo e doutrinário; 1.2 Omissões de efetivação de vertentes positivas de direitos sociais; 1.3 Interferências em vertentes negativas de direitos sociais; 1.4 Conclusão parcial; 2 Alemanha; 2.1 Interesse e especificidades do caso alemão; 2.2 Omissões de cumprimento de vertentes positivas de direitos sociais: em particular o direito ao mínimo de subsistência; 2.3 Interferências em vertentes negativas de direitos sociais; 2.4 Conclusão parcial; 3 Canadá; 3.1 A proporcionalidade em colisões que envolvem a vertente positiva de direitos sociais; 3.2 A proporcionalidade em colisões que envolvem a vertente negativa de direitos sociais; 3.3 Conclusão parcial; 4 África do Sul; 4.1 Omissões de cumprimento de vertentes positivas de direitos sociais; 4.2 Interferências em vertentes negativas de direitos sociais; 4.3 Conclusão parcial; 5 Portugal; 5.1 Interferências em vertentes negativas de direitos sociais; 5.2 Omissões de cumprimento de vertentes positivas de direitos sociais; 5.3 Conclusão parcial; 6 As ilações: um processo substantivo devido mediado por vários instrumentos paramétricos; 6.1 A questão: domínio total ou irrelevância da proporcionalidade?; 6.2 Interferências restritivas em vertentes negativas de direitos sociais; 6.3 Omissões de cumprimento de vertentes positivas de direitos sociais; Conclusão geral; Referências.

## INTRODUÇÃO

Em Portugal, o debate sobre que instrumentos de harmonização deve o legislador utilizar para cumprir o *processo substantivo devido* na resolução de colisões normativas que envolvam direitos sociais<sup>3</sup> tem episódios relevantes – embora de baixa intensidade até há pouco – desde a Constituição de 1976. Em paradesiros como o Brasil e outros países da América Latina, África do Sul, Alemanha ou Canadá, encontramos também contributos que datam pelo menos do último quartel do século passado e se prolongam até ao presente. Inevitavelmente, essa discussão cruza-se com a (ou depende da) evolução das doutrinas sobre a natureza dos direitos sociais, para alguns diminuída em relação aos direitos de defesa, a sua imediatividade e justificabilidade (ou possibilidade de serem judicialmente adjudicados)<sup>4</sup>. Esse debate sofreu um ímpeto importante na esfera do Direito Internacional dos

3 Tenha-se em atenção que a expressão direito social, tal como as expressões direito de defesa ou de liberdade, constitui apenas uma forma sintética de aludir ao feixe de posições jurídicas subjetivas, activas ou passivas, que é possível extrair de cada disposição de direito fundamental.

4 Sobre isso a literatura é inesgotável. Em Portugal, v. por todos Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*; Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais*; Jorge Silva Sampaio, *O controlo...* Por constituir um balanço com sentido prospetivo, proveniente do Continente e de um dos Países que mais influentes contributos aportaram para esse debate, v. também Abramovich/Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Bantekas/Oette, *International Human Rights...*, p. 415 ss. O debate não adquiriu, porém, sentido único: v., por exemplo, Luís Pereira Coutinho, "Os direitos sociais como compromissos...".

Direitos Humanos, recrudescem depois de a crise económica e financeira global se ter instalado em 2008 e assumirá provavelmente novos contornos com a crise pandémica (ali, direitos sociais a mais; aqui, talvez, direitos sociais a menos).

Em tese, é possível adotar uma de duas opções extremas: (i) aplicação do mesmo instrumento de harmonização ou de controlo da harmonização a *todos os tipos de colisão* em que estejam envolvidos direitos sociais; ou (ii) aplicação de um instrumento próprio de harmonização ou de controlo da harmonização, variável de jurisdição para jurisdição, a *cada colisão ou categoria de colisões*. Em qualquer dos casos, pretende-se garantir que o legislador observe um processo substantivo devido na composição normativa da colisão. No primeiro caso, advoga-se, por exemplo, a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>5</sup> – eventualmente corrigido por ajustamentos estruturais – a todos os tipos de colisão, em todos os ordenamentos e considerando sempre os bens, interesses ou valores colidentes como tão só *prima facie*. No segundo caso, empregam-se instrumentos de harmonização variáveis consoante o tipo de colisão e de deveres do legislador, sendo candidatos mais frequentemente mencionados a proibição do excesso, a proibição do defeito ou da insuficiência, a razoabilidade, o conteúdo mínimo garantido<sup>6</sup>, a proibição do retrocesso e o mínimo de existência, por vezes desdobrados em mais do que uma modalidade. Como veremos, há

---

5 Note-se que temos sugerido que é apropriado falar-se hoje de proporcionalidade em sentido moderno, a qual se desdobra em proporcionalidade clássica ou proibição do excesso e proibição do defeito ou da insuficiência. Usaremos essas diferentes expressões ao longo do texto, advertindo, todavia, que não estará ausente algum artificialismo, pois esta terminologia não é assumida por alguns dos ordenamentos, doutrinas ou jurisdições que estudaremos, sendo usada simplesmente a expressão proporcionalidade (ou *proportionality*, na língua inglesa, onde os termos proibição do excesso e do defeito, *Übermaßverbot/Untermaßverbot*, não são por norma reconhecidos).

6 Reiteradamente empregaremos ao longo do texto o conceito de (garantia do) conteúdo mínimo, usado designadamente no âmbito da literatura e em instrumentos de direito internacional de direitos humanos (*minimum core*). Poderíamos também usar, indiferentemente, conteúdo *essencial* (na linha, por exemplo, do art. 18.º, n.º 3, da Constituição portuguesa). Entendemos que só haveria motivo para distinguir e usar *diferenciadamente* uma ou outra se sujeitas a regimes constitucionais diferentes. Seguimos a referência universalmente mais conhecida sobre o conteúdo mínimo, a que consta do Comenário Geral n.º 3 do Comité sobre os Direitos, Económicos, Sociais e Culturais. V. *CESCR General Comment no. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990* (Documento E/1991/23): “*The Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant*” (n.º 10).

Sobre o conceito de conteúdo mínimo essencial no PIDESC, Maria José Anón Roig, “Hay limites a la regressividad...”, p. 68 ss.; Bantekas/Oette, *International Human Rights...*, p. 413 ss.; Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 61 ss.

também a possibilidade de rejeitar o *uniformismo* sem recair na *atomização* de instrumentos de mediação de harmonização.

Analisaremos pronunciamentos jurisprudenciais paradigmáticos numa amostragem de países – Brasil, Alemanha, Canadá, África do Sul e Portugal – onde esta questão tem reflexo na jurisprudência constitucional e na doutrina. Nos Capítulos 1 a 5, a perspectiva será a predominante na jurisprudência e na doutrina: distingue-se entre as situações em que está em causa a interferência em vertentes negativas de direitos sociais e as situações em que está em causa a omissão de comportamentos positivos de efetivação desses direitos. No Capítulo 6 ensaiamos a reconversão dessa perspectiva, em que se analisa simplesmente o cumprimento ou incumprimento de *deveres* do Estado de respeito e efetivação de direitos sociais, para um quadro analítico mais fino, em que se cruzam colisões normativas de posições deontológicas de obrigação, proibição e permissão e colisões normativas de direitos sociais com outros bens, interesses ou valores.

A conceção teórica e dogmática dos direitos sociais de que partimos descreve-se em poucas linhas, ficando as explicações para outra ocasião: (i) visão dos direitos sociais como uma expressão normativa da constituição *prima facie*; (ii) atribuição ao juiz constitucional do poder (limitado) de controlar a justificação de interferências e omissões da efetivação daqueles pelo legislador; (iii) rejeição de uma *fronteira* estanque e fixa entre direitos de defesa e direitos sociais, do ponto de vista da natureza e estrutura normativas, significado e regime jurídicos; (iv) rejeição de um *regime unitário* aplicado por igual a todos os direitos fundamentais, quaisquer que sejam<sup>7</sup>; ou seja, (v) aceitação de que a determinação do regime jurídico aplicável a um concreto direito fundamental – de defesa ou social – não se pode basear em conceções uniformizadoras apriorísticas; não há um ou dois regimes jurídicos, mas *vários*, dependendo da combinação de fatores como, designadamente, o caráter *prima facie* ou absoluto, a dimensão principal (positiva ou negativa), os destinatários, a possibilidade de recorte de um núcleo essencial ou mínimo ou não, o grau de determinação na constituição, os tipos de potenciais colisões com outros bens, interesses ou valores.

---

7 Exigência de *differentiated approach*, na expressão de Alexy, *A Theory...*, p. 337.

## 1 BRASIL

### 1.1 O CONTEXTO NORMATIVO E DOUTRINAL

Embora por regra deficientemente conhecido pela literatura anglo-saxônica, muito focada no Canadá, África do Sul, Índia, Israel e outros, e por boa parte da literatura europeia, o caso do Brasil é talvez aquele que ao nível global oferece um acervo mais rico de dados e de reflexão sobre os direitos sociais, a sua natureza, materialização e limites, bem como os limites aos limites.

Alguns dos pilares doutrinários e jurisprudenciais convocam contributos importados de Portugal. A leitura de autores e de relevantes peças jurisprudenciais brasileiras revela, por exemplo, a influência exercida pelas conceções da constituição dirigente e do princípio da proibição do retrocesso social<sup>8</sup> defendidas por José Joaquim Gomes Canotilho no início da década de 1980<sup>9</sup>, e pelo Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional português, sobre normas revogatórias do Serviço Nacional de Saúde<sup>10</sup>. Mas Canotilho começou a mitigar a sua posição na década de 1990<sup>11</sup>, passando a reportar a proibição do retrocesso tão somente ao núcleo essencial do direito social e não a *todo o adquirido social* já cristalizado na lei<sup>12</sup>; e o Acórdão de 1984 e o princípio da proibição do retrocesso nele acolhido tornaram-se objeto de acérrima crítica, incluindo no seio da própria teoria e dogmática *unitárias* dos direitos fundamentais<sup>13</sup>. Em contrapartida, no Brasil continua a pontificar uma robusta doutrina favorável à aplicação desse princípio em

---

8 Frisa-se retrocesso *social* ou retrocesso no domínio dos direitos sociais, a única questão de que nos ocuparemos aqui. Mas a discussão da eventualidade de um princípio de proibição do retrocesso não se coloca apenas no que se refere aos direitos sociais. Recorde-se que o Conselho Constitucional francês introduziu na jurisprudência constitucional o chamado *effet cliquet* no domínio das liberdades fundamentais (Decisão DC 83-165, de 20 de janeiro de 1984. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165DC.htm>). De acordo com essa conceção, não é possível a revogação total de uma lei incidente sobre direitos de defesa sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (L. Favreau/L. Philippe, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10. ed., Dalloz, Paris, 1999, p. 595/596). Em França, o *effet cliquet* só chegaria aos direitos sociais ulteriormente.

9 *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

10 Veja-se, a título de exemplo apenas, um dos mais influentes e atualizados manuais brasileiros, o *Curso de direito constitucional* de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, p. 679.

11 Cf. “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *REDC*, v. 15, n. 43 (1995), p. 9-23, texto de superlativa qualidade e de leitura recomendável a qualquer cultor do Direito Constitucional.

12 Cf. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 338-40.

13 O autor mais representativo dessa corrente é Jorge Reis Novais. V., por exemplo, *Direitos sociais...*, p. 240 ss. Também numa linha crítica, Tiago Fidalgo de Freitas, “O princípio da proibição...”, p. 840 ss.; José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 607 ss.; Rui Medeiros, “Direitos, liberdades e garantias e

várias modalidades<sup>14</sup>, incluindo, aparentemente, a absoluta, eventualmente com tendência para o abrandamento. E institutos como a proibição da insuficiência<sup>15</sup> (embora frequentemente com incidência em questões penais)<sup>16</sup> ou a garantia do mínimo existencial<sup>17</sup>, são instrumentos recorrentes da maximização da eficácia das normas de direitos sociais e da sua plena justiciabilidade.

Não é possível, neste espaço, discorrer exaustivamente sobre as razões desse fenómeno. Mas olhando somente para as que têm raiz jurídico-constitucional (deixando, portanto, apenas sinalizadas questões de eventual exceção sociológica do Brasil ou da América Latina<sup>18</sup>), há uma que se destaca: a Constituição de 1988, confirmando uma trajetória que

---

direitos sociais...”, p. 667 ss.; Carlos Blanco de Moraes, “O controlo da inconstitucionalidade por omissão...”, p. 196.

- 14 Entre muitos, Ingo Wolfgang Sarlet, “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...”; “Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano”; Felipe Derbli, *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 158; *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 379; Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica jurídica...*; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...*, p. 70 e ss.; Luís Roberto Barroso/Ana Paula de Barcellos, *O começo da história...*, cit.; Patrícia Martins, “A proibição do retrocesso social como fenómeno jurídico”; José Vicente Mendonça, “Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo”; Narbal Antônio Fileti, *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio de retrocesso social*; Dilmanoel Soares, *Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*; Mário Conto, *O princípio da proibição do retrocesso social*; Maria Cristina Netto, “O Princípio da Proibição do Retrocesso Social”; Marcia Andrea Bühring, “Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão”; Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 681; Paulo Gustavo Gonet Branco, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional...*, p. 331 ss.
- 15 A denominação preferida no Brasil oscila entre proibição da insuficiência, da proteção insuficiente, da proteção deficiente e outras. Temos adotado *proibição do defeito* (cf. Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, p. 899 ss.), mas usaremos para o caso brasileiro proibição da insuficiência, assumindo, porém, a fungibilidade das várias denominações.
- 16 Entre muitos, Ingo Wolfgang Sarlet, “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”, cit.; Flávio Oliveira, *Controlo da omissão estatal...*, cit.; Lenio Streck, “Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente...”, cit.; Michael Flach, *As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*, cit.; Luciano Feldens, *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade...*, cit.; Mendes/Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 674 ss.; Luis Fernando Matricardi Rodrigues, “A proibição de insuficiência e o STF...”; André Caixeta da Silva Mendes, “O STF e a proibição de insuficiência...”; Karine da Silva Cordeiro, *Direitos fundamentais sociais...*; Baltazar Júnior, “A doutrina da proibição de insuficiência (‘Untermaßverbot’)”.
- 17 Barcellos, Ana Paula, “O mínimo existencial e algumas fundamentações...”; Ricardo Lobo Torres, “O mínimo existencial como conteúdo essencial...”; Ingo Wolfgang Sarlet/Carolina Zockun, Carolina Zancaner, “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF...”.
- 18 Vale reproduzir aqui palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “As promessas da modernidade sequer foram minimamente cumpridas para a maioria dos habitantes da América Latina, de tal sorte que a concepção de um Estado Constitucional, que mereça a qualificação de um autêntico Estado Democrático (e Social) de Direito, compreendido como Estado da justiça material e que assegure uma igualdade de oportunidades não passa, no mais das vezes, de um simulacro”: Ingo Wolfgang Sarlet, “Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano”, p. 117; também Laura Clérico, “Proportionality in Social Rights Adjudication...”, p. 29.

vem desde a Constituição de 1934, não apenas é uma das mais generosas na outorga de direitos sociais, como os enuncia expressa e especificadamente, com significativa densidade, não os distingue nem aparta dos demais direitos, atribui-lhes plena força normativa e aplicabilidade imediata<sup>19</sup>. Os debates sobre se são autênticos direitos fundamentais ou direitos diminuídos ou mesmo emanações objetivas de simples normas programáticas – que ainda encontramos em Portugal<sup>20</sup> – não têm respaldo constitucional no Brasil.

Acresce que não é evidente que se possa dizer que o legislador e o poder político brasileiro têm sido avaros ou recalcitrantes na materialização das normas constitucionais. Será mais fácil admitir que a força normativa da Constituição e da lei esbarram em constrangimentos materiais e de execução, na indisponibilidade de recursos ou em ineficiências administrativas.

Tudo isso é propício a responsabilidade e intervenção acrescidas do poder judicial. Questão muito discutida no Brasil é se este, no exercício das suas funções, permanece no perímetro das respectivas competências, em estrito respeito da separação de poderes ou se delas extravasa. Do interior do próprio Supremo Tribunal Federal vem a alegação (feita a propósito do direito à saúde, mas extensível a outras áreas) de que

[...] na maioria dos casos a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas.<sup>21</sup>

Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.<sup>22</sup>

---

19 Art. 5º, § 1º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. V. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, p. 151 ss., mas também a análise e interpretação restritivas de Carlos Blanco de Moraes, “O controle da inconstitucionalidade por omissão...”, p. 187 ss. Pela nossa parte, admitimos que uma perspectiva uniformizadora integral do regime aplicável a todos e quaisquer direitos, que rejeitamos para Portugal, também não é, porventura, defensável no Brasil. Por ora, não podemos aprofundar o tema.

20 V. Catarina Santos Botelho, “Os direitos sociais num contexto de austeridade...”, p. 273, procurando, todavia, reabilitar o conceito de norma programática num contexto de constituição de plena normatividade.

21 V. decisão do STF sobre a Suspensão de Liminar nº m228, de 2008, relatada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

22 *Idem*. Cf. a análise crítica de Carlos Blanco de Moraes, “O controle da inconstitucionalidade por omissão...”, p. 190 ss.

É indesmentível que se a política pública já tiver sido instituída pelo legislador democrático e a ação do juiz constitucional visar assegurar o cumprimento da sua vontade, não há intromissão na margem de conformação daquele, mas tão só potencial intromissão no domínio da Administração Pública, presumivelmente onde esta não disfruta de poder discricionário, como sucede na maior parte das prestações sociais. Seguramente, ação menos intrusiva no governo democrático e, por isso, menos controversa<sup>23</sup>. Nada que não encontremos noutras jurisdições por esse Mundo fora. Sem embargo, a verdade é que, tendo em conta a envolvência constitucional favorável e a cumplicidade da doutrina, não surpreenderia algum ativismo judicial, particularmente do Supremo Tribunal Federal (STF), no domínio da efetivação e judicialização dos direitos sociais. Analisaremos de seguida o uso que o juiz constitucional faz daqueles instrumentos que mais intrusivos no espaço próprio do legislador se podem revelar, se empregues sem a devida calibragem: a proibição da insuficiência e a garantia do mínimo existencial, no caso de se verificar omissão de efetivação de direito social; a proibição do retrocesso e a garantia do mínimo existencial, no caso de medidas legislativas ou outras que ponham em causa o nível de materialização do direito já alcançado.

Focaremos alguns arestos do STF representativos nos domínios versados. O acervo jurisprudencial do STF é, todavia, gigantesco. Não é possível garantir que não haja outros pronunciamentos relevantes ou até mesmo contrastantes com linhas diretrizes expostas de seguida.

## 1.2 OMISSÕES DE EFETIVAÇÃO DE VERTENTES POSITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

### 1.2.1 A proibição da insuficiência nos deveres de proteção

A primeira menção da proibição da insuficiência na jurisprudência do STF datará de 2006, no Recurso Extraordinário nº 418.376 (caso de criança estuprada engravidada pelo estuprador)<sup>24</sup>. Todavia, não estavam aí em causa direitos sociais, mas antes a possibilidade de insuficiência de proteção através de lei penal.

---

23 Mark Tushnet, "Social and Economic Rights...".

24 A menção é feita no voto do Ministro Gilmar Mendes. V. também, do mesmo, voto na ADI 3510, julgada em 2008. V. Luis Fernando Matricardi Rodrigues, "A proibição de insuficiência e o STF..."; André Caixeta da Silva Mendes, "O STF e a proibição de insuficiência..."; Rebecca Groterhorst, *Direitos sociais e proporcionalidade...*, p. 109.

Tal como não se tratava de uma questão atinente a direitos sociais a que foi objeto do Recurso Extraordinário nº 646.721 Rio Grande do Sul, em 2017 (sobre o regime sucessório aplicável aos companheiros que vivem em uniões estáveis), relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Na parte conclusiva pode ler-se que “[...] o art. 1.290 do Código Civil é inconstitucional, porque viola princípios constitucionais como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, *o da proporcionalidade na modalidade de proibição da proteção deficiente* e o da vedação do retrocesso” (itálico aditado). No domínio da garantia institucional da família e dos deveres do Estado de proteção da família (como instituição), dos laços de família e dos membros da família, bem como dos deveres do Estado de regulação das relações (privadas) de família, por forma a fazer refletir nelas os princípios constitucionais, o STF mostrou, por conseguinte, vontade inequívoca de aplicar *o princípio da proibição da proteção deficiente*.

Esse é, todavia, o âmbito normativo em que o princípio da proibição da insuficiência adquiriu inicialmente vida na doutrina e na jurisprudência alemãs. Aliás, é nesse âmbito que se pode falar com propriedade de princípio da proibição da *proteção deficiente* (ou insuficiente), porque é nele que pontificam os *deveres do legislador de proteção*. A proposta de generalizar a aplicação desse princípio a todos os domínios onde incidem sobre o legislador deveres positivos, de proteção ou de efetivação<sup>25</sup>, é mais recente e não está pacificamente adquirida.

Verificado que está que o STF aplica efetivamente a proibição da insuficiência naquele primeiro âmbito normativo, veremos de seguida se o mesmo se pode dizer em relação às situações em que estão em causa posições jurídicas subjetivas dirigidas a ações positivas do Estado extraídas de direitos sociais.

---

25 Na esfera do direito internacional dos direitos humanos é comum assentar-se numa sistematização tripartida de obrigações dos Estados, *obligation to respect, to protect and to fulfill*, na senda do Relatório de Asbjorn Eide, *The Right to Adequate Food as a Human Right*, de 1987. Apesar de alguma discussão em torno dessa arrumação, e até sobre a sua aplicabilidade só aos direitos sociais ou também aos direitos de liberdade, ela tem-se generalizado: v. Olivier de Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 292 ss.; W. Kälin/J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 90 ss.; Bantekas/Oette, *International Human Rights...*, p. 78 ss. A tripartição adquiriu algum curso na doutrina jusconstitucional, embora com algumas variações na tradução do *fulfill*: Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 255 ss.; Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 246 ss. Distinguiremos obrigações de respeitar, de proteger e, à falta de melhor, de efetivar (podendo acrescentar-se uma obrigação de *promover*, no sentido de advogar, divulgar, sensibilizar para boas práticas de direitos). No contexto dos direitos sociais, a primeira associa-se à respetiva vertente negativa, enquanto a segunda e a terceira concernem à vertente positiva.

### 1.2.2 A proibição do defeito ou da insuficiência e a garantia do mínimo existencial

Data de 2008 o primeiro aresto sobre direitos sociais onde a proibição da insuficiência é convocada como parâmetro de controle<sup>26</sup>. Nele, o Tribunal, pela mão do Ministro Presidente, Gilmar Ferreira Mendes, manteve os efeitos da decisão judicial impugnada de injunção de implantação, em doze meses, de programa de internação e semiliberdade de adolescentes infratores, na comarca de Araguaína, em Tocantins e de proibição, sob pena de multa diária, de abrigar adolescentes infratores em unidade que não seja especializada.

O Tribunal entendeu que os arts. 227, *caput* e § 3º, em conjugação com o art. 4º da Constituição brasileira, consagram deveres do Estado que têm *prioridade absoluta* perante os demais. Não criando as condições normativas para o seu cumprimento ou, criadas, não as cumprindo em concreto, é violada a proibição de proteção insuficiente<sup>27</sup>.

Todavia, *prioridade absoluta* só se pode interpretar como *prevalência absoluta* ou como *dever absoluto* do Estado, categórico e irrestringível, insuscetível de relativização através de ponderação com bens, interesses ou valores colidentes. É certo que algumas correntes colocam a proibição da insuficiência ao serviço da garantia do cumprimento de deveres *absolutos* do Estado de efetivar alguns direitos ou núcleos essenciais de direitos. Sem embargo, essa visão não é convincente, uma vez que não assegura a autonomia da proibição da insuficiência perante outras figuras, designadamente a de garantia do conteúdo mínimo do direito. A proibição da insuficiência,

---

26 Suspensão de Liminar nº 235, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/sl235.pdf>. Da observação de estatísticas disponibilizadas por André Caixeta da Silva Mendes, *O STF e a proibição de insuficiência...*, e por Rebecca Groterhorst, *Direitos sociais e proporcionalidade...*, não atualizadas ao dia em que escrevemos, mas, ainda assim, ilustrativas, extrai-se que o primeiro grande fluxo de referências à proibição da insuficiência ocorre entre 2008 e 2010, período da presidência do Ministro Gilmar Mendes, principal artífice da introdução desse instrumento na jurisprudência do STF. O segundo período vai de 2013 em diante, pela mão do Ministro Celso de Mello, também um dos percursores. Do ponto de vista dos temas, ressaltam as questões relacionadas com as prestações de saúde, com cerca de 50% dos casos. Em quase 100% dos casos, a prestação social é concedida/confirmada pelo Tribunal.

27 A referência enquadradora da proibição da proteção insuficiente inserida nesta decisão aparecerá sistematicamente, com pequenas adaptações, em todas as decisões subscritas pelo Ministro Gilmar Mendes em que é entendido que a proibição da insuficiência assume relevância, incluindo as tratadas de seguida no texto: as normas de direitos sociais impõem “ao Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada [...]. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)”.

em sentido próprio, distintivo de outras figuras afins ou vizinhas, é um instrumento de harmonização e ponderação que se aplica quando há que verificar se a omissão de cumprimento de deveres positivos do Estado, estando assegurado que o núcleo essencial do direito positivo não é beliscado, é constitucionalmente justificada pelo contrapeso com outros bens, interesses ou valores<sup>28</sup>. No caso, nenhum exercício de ponderação parece ter sido executado, designadamente dos direitos de crianças e adolescentes com os bens, interesses ou valores invocados pelo Estado do Tocantins, como a separação de poderes, a inviabilidade orçamental, etc., prevalecendo a natureza absoluta da prioridade daqueles. Para quem, como nós, entende que a proibição da insuficiência é um instrumento cuja aplicação envolve necessariamente uma metódica ponderativa, a referência à violação da proibição da insuficiência assume, neste acórdão, um sentido impróprio.

Também da autoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, mas desta feita no campo do direito à saúde – onde a jurisprudência do STF tem suscitado maior debate e celeuma<sup>29</sup> –, é o acórdão referente à Suspensão de Liminar nº 228<sup>30</sup>. Em causa, a decisão judicial que ordenara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral, a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias, com fundamento no direito à saúde (arts. 2º, 6º, *caput*, 167, 196 e 198 da Constituição, concretizado pela legislação do Sistema Único de Saúde e por Portarias do Ministério da Saúde).

O relator não usa a linguagem da prioridade absoluta do cumprimento de qualquer dever do Estado, ao invés do que sucedera com o tema da proteção de crianças e adolescentes. Mas de vários trechos decorre que o Tribunal entende estar-se perante o cumprimento de *mínimos* ou de *prioridades* quanto a certos cuidados de saúde, aqueles que requerem atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs):

---

28 Cf. explicação mais desenvolvida em Vitalino Canas, *O princípio da proibição...*, p. 961 ss.

29 V. os pontos mais salientes do debate em Carlos Blanco de Moraes, “O controlo da inconstitucionalidade por omissão...”. A litigação constitucional nesta área é vista por alguns como indutora de prejuízos para os mais desfavorecidos: Octavio Luiz Motta Ferraz, “Harming the Poor Through Social Rights Litigation...”. No julgamento com repercussão geral dos Recursos Extraordinários nºs 566.471, 657.718 e 855.178 (temas 6, 500 e 793, respectivamente), em 2019, o STF parece ter encetado uma precisa definição dos condicionalismos do arbitramento de medicamentos não registados na Anvisa, Agência competente.

30 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/SL228.pdf>.

A decisão objeto do pedido de suspensão, especialmente na parte em que determinou a instalação de UTIs neonatais e pediátricas, apenas determinou o cumprimento de política pública constitucionalmente definida como prioritária (art. 196 c/c 227, *caput*, e § 1º, I) e especificada de maneira clara e concreta por atos normativos do próprio Ministério da Saúde.

A similitude com o que poderia ser o discurso do *núcleo mínimo* do direito social à saúde é patente. Portanto, apesar de também haver alusões à inevitabilidade de juízos de ponderação “nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos” e de se afirmar a ausência de “um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde”, esta decisão não assenta num juízo de ponderação, seja ele típico da proibição da insuficiência ou de outro instrumento de harmonização e ponderação. Sobre a referência à proibição da insuficiência valem, portanto, as considerações feitas nos parágrafos anteriores.

Permanecendo em acórdãos relatados pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, saltemos agora cinco anos, para olharmos para o que foi sentenciado a propósito da Reclamação nº 4.374, julgada em 2013<sup>31</sup>. O seu objeto era a constitucionalidade dos critérios legais de atribuição do benefício assistencial de prestação continuada a idosos e deficientes que comprovem não possuir meios para prover à sua manutenção (art. 203, V, da Constituição, sobre assistência social). Anteriormente, o STF considerara esses critérios conformes com a Constituição mas no Acórdão proferido nesta Reclamação a solução legislativa passa a ser julgada inconstitucional. No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes alude várias vezes, por voz própria ou por remissão para votos de outros Ministros, à *insuficiência* dos critérios legais, à *insuficiência* da legislação ou insuficiência legislativa ou normativa para cumprir o inciso V do art. 203 da Constituição, a proteção insuficiente do direito fundamental, a omissão inconstitucional parcial, além de inserir o recorrente trecho sobre a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)<sup>32</sup>.

É inequívoco que o Relator e o Tribunal atribuem centralidade à proibição da insuficiência. Mas quer pela confessa adesão à doutrina desen-

---

31 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>.

32 V. *supra*.

volvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso *Hartz IV*<sup>33</sup>, extensamente apresentado (e seguido, inclusive, quanto ao tipo de decisão adotada, uma decisão de provimento fictício), quer por não haver enunciado inequívoco da metódica aplicativa da proibição da insuficiência, levanta-se a dúvida sobre se o STF não terá, em última análise, aplicado o mesmo parâmetro que o *BVerfG* aplicou naquele caso, o *mínimo de subsistência* (ou de existência), parâmetro não ponderativo.

Nada de muito diferente se pode dizer a propósito do *iter* argumentativo do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Acórdão do Recurso Extraordinário nº 567.985 Mato Grosso, também de 2013 e também sobre o tema dos critérios para a atribuição de um benefício social a idosos e deficientes ao abrigo do art. 203º, V, da Constituição<sup>34</sup>. O Ministro Marco Aurélio dá ênfase especial ao princípio da dignidade humana, sabidamente o fundamento mais assíduo da garantia de um mínimo existencial<sup>35</sup>. E apesar de, a certo passo, convocar para o seu discurso o “parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária”<sup>36</sup>, logo se prende à ideia de mínimo existencial<sup>37</sup>, onde parece amarrar a negação de provimento do recurso da decisão judicial que declarara inconstitucional a norma na situação concreta (mas não em abstrato). Prevaleceria, subseqüentemente, o voto do Ministro Gilmar Mendes (redator do acórdão), com argumentação semelhante à da Reclamação nº 4.374, apresentada em parágrafos anteriores.

Outro Ministro que se destaca pela incorporação – pelo menos nominal – de instrumentos de harmonização e ponderação em decisões do STF em que está em causa a omissão de cumprimento da vertente positiva de direitos sociais, é o Ministro Celso de Mello. Embora os acórdãos que estudamos sejam muito semelhantes na sua estrutura, curso e sentido argumentativos, registam-se *nunces* aqui e ali que têm significado e contribuem para alcançar o sentido geral da jurisprudência do STF.

---

33 Julgado pouco tempo antes pelo *BVerfG*: v. *infra*.

34 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>.

35 Sendo relevante notar que sobre a jurisprudência constitucional paira considerável ambiguidade sobre o grau de autonomia do direito ao mínimo existencial em relação ao núcleo essencial de direitos sociais específicos consagrados na Constituição. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet/Carolina Zockun, Carolina Zancaner, “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF...”, p. 126-7.

36 Página 18 do Acórdão.

37 Página 24 do Acórdão.

No Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337, oriundo do Estado de São Paulo, julgado pela 2ª Turma do STF em 23.08.2011<sup>38</sup>, apreciava-se a constitucionalidade de decisão judicial que impusera ao Município de São Paulo o dever de matricular crianças de até cinco anos de idade em unidades de ensino infantil (creches e pré-escolas) próximas da sua residência ou do endereço de trabalho dos seus responsáveis. Por unanimidade, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão que reconheceu o dever do município relativamente à matrícula das crianças.

O parâmetro decisivo foi o da garantia do mínimo existencial (na vertente de conteúdo mínimo do direito à educação), como emanção direta da dignidade da pessoa humana. Isso flui da ementa, de referências claras ao longo do texto e também de remissões para acórdãos relatados por outros Ministros com aplicação do mesmo standard (designadamente, acórdão da Ministra Cármen Lúcia onde se refere que a produção de medidas necessárias de proteção das crianças e adolescentes contra situações de risco “compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório do Poder Público”). Está esta garantia do mínimo existencial dependente de qualquer operação de ponderação ou tem caráter absoluto? Logo na ementa consta um trecho que poderia servir de trampolim para uma resposta:

A destinação de recursos públicos, [...] faz instaurar situações de conflito, [...] daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial... (p. 3/4)

Pode entender-se que a destinação de recursos públicos suscita operações de ponderação, mas que elas nunca podem justificar o incumprimento do mínimo existencial?

Aparentemente, é essa perspectiva *absoluta* do mínimo existencial que é perfilhada pelo acórdão onde, ademais, ainda não se faz referência à proibição da proteção insuficiente que passaria a constar de acórdãos posteriores do Ministro Celso de Mello. Isso já sucede no acórdão do Recurso Extra-

---

38 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>.

ordinário nº 488.208, Santa Catarina (julho 2013)<sup>39</sup>, onde ficou decretado o dever do Município de Florianópolis de criar novos conselhos tutelares e de disponibilizar recursos materiais e humanos aos conselhos já existentes para efetivação do direito à educação, englobando a proteção à infância e à juventude. No acórdão seria inserida uma frase que, com um ou outro ajustamento, se tornaria assídua em acórdãos subsequentes:

[...] as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso.

Fica patente uma aceção ampla de *limitações* de direitos fundamentais, incluindo de *omissões totais ou parciais* de cumprimento da vertente positiva de direitos sociais, bem como a aplicação da vedação da proteção insuficiente (e de outros princípios, designadamente o da proibição do excesso) a essas limitações.

Todavia, esta novidade não teve nenhuma repercussão visível, uma vez que daqueles quatro “parâmetros de índole constitucional” continuou a ser usado simplesmente o da proteção ao mínimo existencial: o acórdão é todo construído em torno da ideia desse mínimo como um núcleo absoluto, insuscetível de ceder, inclusive, perante a cláusula da reserva do possível.

A temática do Recurso Extraordinário nº 738255, AP (outubro 2013), não diferia muito do caso das linhas anteriores, sendo também central o tema da proteção dos direitos de crianças e adolescentes. Em causa, o estabelecimento do dever do Município de Itaubal do Pírrim de implementar e manter o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar e o Fundo da Infância e da Adolescência, por meio de elaboração e remessa de Projeto de Lei criador de tais órgãos. O texto do acórdão, nas linhas essenciais, pouco varia, não sofrendo, também, alteração o parâmetro usado: “o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial” e a garantia de “condições materiais mínimas de existência”.

---

39 Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/juris/stf\\_obrigacao\\_do\\_municipio\\_implementar\\_conselhos\\_tutelares.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/juris/stf_obrigacao_do_municipio_implementar_conselhos_tutelares.pdf).

Onde se regista uma ligeira (mas interessante) inflexão, é no Recurso Extraordinário com Agravo nº 581.352, Amazonas (outubro 2013), onde se tratava de impor obrigações de ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais do Estado do Amazonas, mais um caso na esfera do direito à saúde. A maioria dos traços identitários de acórdãos anteriores mantém-se imperturbados, designadamente a indicação dos parâmetros constitucionais que a jurisdição constitucional aplica na fiscalização da legitimidade constitucional da omissão do poder público (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso), bem como a centralidade do parâmetro da proteção do “núcleo básico que qualifica o mínimo existencial” e da irredutível recusa da aplicabilidade da reserva do possível sempre que a sua invocação o puder comprometer. Todavia, regista-se uma clara adesão a um discurso ponderativo em vários trechos do acórdão:

Isso significa que a intervenção jurisdicional [...] tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.<sup>40</sup>

Este acórdão é certamente um dos que mais se aproximam da incorporação de uma metódica ponderativa, em situação de omissão ou de insuficiência de cumprimento do direito social. Outras passagens explicitam inequívocos momentos ponderativos:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde [...] ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...] razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.<sup>41</sup>

[A] missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.<sup>42</sup>

---

40 Recurso Extraordinário com Agravo nº 581.352, p. 13.

41 Recurso Extraordinário com Agravo nº 581.352, p. 16/17.

42 Recurso Extraordinário com Agravo nº 581.352, p. 17.

Os traços identitários da visão do Ministro Celso de Mello, sejam os recorrentes em relação a acórdãos anteriores, seja esta abertura a uma metódica ponderativa, são retomados quase *ipsis verbis* no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745 Minas Gerais (dezembro de 2014)<sup>43</sup>, em que estava em apreciação a constitucionalidade de decisão judicial que determinava a adoção pelo Município de Belo Horizonte de medidas de assistência às pessoas portadoras de deficiências física, visual, auditiva ou com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou autismo.

Esta abertura a um discurso ponderativo não parece, sem embargo, ter alterado substancialmente o quadro paramétrico em que o STF se move, mesmo nos acórdãos relatados pelo Ministro Celso de Mello. Aquele discurso ponderativo não aparece enquadrado por qualquer metódica de aplicação de outro parâmetro que substitua o da proteção do mínimo existencial, que nada indica que o Tribunal tenha deixado de considerar limite absoluto, insuscetível de contrapeso com outros bens, interesses ou valores. A referência à proibição da insuficiência permanece um *obiter dictum* lateral. Na verdade, o Tribunal não lhe dá préstimo decisório. Não se vislumbra rasto de qualquer operação metódica estruturante da aplicação da proibição da insuficiência como instrumento de harmonização e ponderação. Em geral, há simplesmente operações interpretativas do *Tatbestand* e do âmbito de proteção das normas constitucionais e da lei, apreciações de facto, verificação de se os factos se subsumem às normas constitucionais tal como resultam da interpretação e, não sendo o caso, decretação de medidas prescricionais, sem admissão de margem de conformação das autoridades e tão pouco discussão de uma eventual justificação do não cumprimento (integral ou parcial) dos deveres de prestação com a necessidade de atender a outros bens, interesses ou valores constitucionalmente tutelados.

Para certas correntes que adotam uma visão não ponderativa da proibição da insuficiência, reconduzindo-a, designadamente, à garantia de conteúdos ou núcleos essenciais ou mínimos de direitos sociais, haverá fundamento para ver na jurisprudência constitucional do STF aplicação sistemática e consolidada da proibição da insuficiência.

Em contrapartida, para quem perfilhe uma visão plenamente autonomizadora do instituto da proibição da insuficiência, como teste de estrutu-

---

43 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>.

ra ponderativa, o que ressalta não é a sua aplicação, mas antes o recurso efetivo a outros quadros metódicos e dogmáticos<sup>44</sup>: o do *dever absoluto ou prioritário* decorrente do direito social; o do *mínimo existencial* (com a ambiguidade relacional, antes apontada, com o núcleo essencial de direitos específicos). E não se vê viabilidade no exercício de *reinterpretar* a linha argumentativa do Tribunal reconvertendo-a a uma estratégia discursiva ponderativa<sup>45</sup>. Para além de forçado, seria um exercício sem mais valia no plano analítico e teórico, dogmaticamente insubsistente e, em geral, sem consequências ou vantagens relevantes ao nível do resultado ou da transparência do *iter* decisório. Quando se está perante prestações sociais adstritas ao mínimo existencial ou a núcleo essencial ou mínimo de direito social, nenhum instrumento ponderativo, em particular o princípio da proibição do defeito ou da insuficiência, tem préstimo.

### 1.3 INTERFERÊNCIAS EM VERTENTES NEGATIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

#### 1.3.1 Princípio da proibição do retrocesso social

O acima mencionado acórdão do Recurso Extraordinário nº 646.721, Rio Grande do Sul, de 2017 (sobre o regime sucessório aplicável aos companheiros que vivem em uniões estáveis), é também bom trampolim para lançar a discussão sobre outro tema: o da força e alcance do princípio da proibição do retrocesso. Como se pode verificar da citação antes feita daquele acórdão, um dos princípios invocados para declarar a inconstitucionalidade da norma do Código Civil sob apreciação foi justamente o princípio da proibição ou *vedação do retrocesso*, descrito do seguinte modo: “(a) proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial”.

---

44 Questão que fica em aberto, todavia, é se em algumas Suspensões de Segurança relatadas pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes onde estava em causa a efetivação de direitos sociais (v. designadamente Suspensão de Segurança nº 3751), e onde foram chamados o princípio da proporcionalidade e seus segmentos para ajuizar da justificação da atribuição de medicamentos, concluindo-se pela adequação, necessidade e proporcionalidade dessa atribuição, não se verifica, aí sim, a aplicação do princípio da proibição da insuficiência – embora sob o *nomen* proporcionalidade – com a dimensão ponderativa que o identifica. A essa luz, perderia razão de ser a crítica formulada por André Caixeta da Silva Mendes, *O STF e a proibição de insuficiência, a proporcionalidade...*, p. 78, à invocação da proporcionalidade numa situação em que não está em causa a interferência restritiva num direito pelo Poder Público.

45 V. um exemplo desse exercício, imbuído do otimismo alexiano sobre a superioridade racional da ponderação e do princípio da proporcionalidade moderna, nas suas várias dimensões, em relação aos demais *standards*, em Leonardo Simchen Trevisan, “Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy”, p. 160 ss., aplicado à ARE 639.337-AgRg (2011), referida *supra*.

Deixando assinalado que nesta frase está sinalizada não uma aplicação da proibição *absoluta* do retrocesso mas uma aplicação da proibição do retrocesso *relativizada* pelo princípio da proporcionalidade – ou seja, em bom rigor, uma aplicação do princípio da proporcionalidade –, dela parece decorrer, além disso, que tal princípio está bem ancorado quando estão em causa deveres de proteção de que o Estado é sujeito passivo.

O princípio está bem sustentado pela melhor doutrina brasileira<sup>46</sup>, sendo José Afonso da Silva considerado seu precursor<sup>47</sup>.

Ora, a questão que devemos colocar agora é se essa ancoragem também ocorre na jurisprudência constitucional sobre efetivação de direitos sociais.

Importa reter que a proibição do retrocesso pode assumir pelo menos cinco diferentes significados. Do mais para o menos protetivo da efetivação atingida: (i) proibição de todo e qualquer retrocesso na efetivação já conseguida de um direito social; (ii) proibição de retrocesso na materialização de direitos sociais que viole o núcleo essencial do direito e/ou o princípio da proibição do excesso; (iii) proibição de retrocesso na materialização de direitos sociais que viole o núcleo essencial do direito; (iv) proibição de retrocesso apenas quando se traduza na supressão ou redução integral da materialização do direito social já alcançada, podendo contudo ser operadas modificações restritivas impostas por outras considerações, designadamente a promoção de outros bens interesses ou valores constitucionalmente validados, com observância da proibição do excesso; (v) proibição de retrocesso que se traduza na supressão ou redução integral da materialização do direito social já alcançada, podendo contudo ser operadas modificações restritivas impostas por outras considerações, designadamente a promoção de outros bens interesses ou valores constitucionalmente validados<sup>48</sup>. Sabendo-se que o Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional português e o pensamento antigo de Gomes Canotilho, aderentes à conceção da proibição do retrocesso da hipótese (i), são muitas vezes apresentados pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais brasileiras como traduções autênti-

---

46 V. bibliografia *supra*.

47 José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed., Malheiros, São Paulo, 2007, p. 117 e ss., na senda de posições anteriores.

48 Como veremos adiante, só a primeira versão da proibição do retrocesso tem autonomia em relação a outros instrumentos. Nas restantes, o recurso à noção de proibição do retrocesso é desnecessário. Para uma arrumação baseada apenas em duas versões, G. Pisarello, "Derechos sociales y principio de no-regresividad...", p. 310; María José Añón Roig, "Hay limites a la regresividad...", p. 67.

cas daquele princípio, importa saber se ele é recebido – e aplicado – nessa versão mais extrema.

Data de 2000 uma primeira alusão ao princípio da proibição do retrocesso, em acórdão do STF prolatado na ADIn 2065-0/DF. Estava sob escrutínio judicial a Medida Provisória nº 1.911-8, que extinguiu o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. O STF não conheceu da ação, por maioria, por entender ter havido apenas ofensa reflexa à Constituição. Todavia, o relator originário, Ministro Sepúlveda Pertence, admitia a inconstitucionalidade por violação da proibição do retrocesso. São dele as seguintes palavras:

[Q]uando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisação de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Destas palavras não pode fazer-se, porém, qualquer extrapolação sobre a posição do STF.

Poucos anos depois, em 2004, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3128, num período pré-crise ainda propício à plena pujança da proibição do retrocesso social, foi considerada constitucional a cobrança a inativos e pensionistas instituída no art. 4º da Emenda Constitucional (EC) nº 41/2003. Ministros vencidos invocaram o princípio da proibição do retrocesso, mas a maioria do STF não subscreveu.

Curiosamente, os acórdãos que até há pouco tempo mais perto chegavam de dar uma indicação do que poderia ser a inclinação do STF – ou pelo menos de uma importante corrente do Tribunal – não se pronunciam, em rigor, sobre situações de retrocesso na concretização de direitos sociais, mas sobre situações em que se procura obter, com o concurso decisivo do Tribunal, um *progresso* na materialização de direito social, impondo a vários níveis do Estado prestações *ainda não efetivas*. São acórdãos relatados pelo Ministro Celso de Mello, alguns dos quais analisados anteriormente.

No Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 (2011), pretendia-se assegurar condições para matricular crianças; no Recurso Extraordinário nº 738255, AP (2013), visava-se assegurar a criação e funcionamento

de novos organismos de proteção de crianças e adolescentes; no Recurso Extraordinário com Agravo nº 581.352 (2013), procurava-se ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais; no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745 (2014), visavam-se novas medidas de assistência a certas pessoas; no Recurso Extraordinário nº 727864-AgRg (de 2014)<sup>49</sup>, tratava-se de assegurar o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas aos pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS) atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu), no caso de inexistência de leitos na rede pública em municípios do Paraná.

A referência à proibição do retrocesso aparece por vezes englobada nos quatro parâmetros constitucionais a que, na visão do relator, se sujeitam as limitações a direitos fundamentais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). Em alguns casos, há referências ao Acórdão nº 39/84, do TC português e a doutrina coadjuvante. As frases cruciais para o tema que versamos são as seguintes (retiradas do último acórdão citado):

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.<sup>50</sup>

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social [impede] em consequência, que os níveis de concretização [...], uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese [...] em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.<sup>51</sup>

Portanto, até agosto de 2017, em rigor, não era possível dizer-se com segurança qual a versão da proibição do retrocesso perfilhada pelo STF no âmbito de direitos sociais. Aliás, na verdade, parece poder concluir-se que tal parâmetro nunca tinha sido determinante em nenhuma decisão.

A situação poderia ter sofrido uma clarificação significativa, quando, naquela data, foi julgada e concedida a medida cautelar solicitada no âmbito da ADI 5595-MC/DF, sendo relator o Ministro Ricardo Lewandowski. A ADI incidia sobre os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015,

---

49 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>.

50 Página 25.

51 Idem.

atinente ao financiamento federal das ações e serviços públicos de saúde. O relator justificou o deferimento da medida cautelar com a violação da proibição do retrocesso. Todavia, tal clarificação acabou por não suceder: não é inequívoco se a versão empregue é a relativa, de simples proibição do retrocesso *que atinja o núcleo essencial* do direito social à saúde ou se é a absoluta, de proibição de todo e qualquer retrocesso em relação ao patamar já atingido, como aparentemente propugnada *obter dictum* nos acórdãos do Ministro Celso de Mello. No primeiro sentido (versão relativa), vai a citação de uma frase de Gomes Canotilho<sup>52</sup>, bem como a referência a que o retrocesso em relação ao nível já conquistado de financiamento e de realização do direito à saúde viola o seu núcleo essencial<sup>53</sup>. Mas, logo depois, emerge uma perspectiva absoluta: “(f)ato é que a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros”<sup>54</sup>.

Mesmo que um ou outro acórdão relevante, porventura recente, tenha passado despercebido, o panorama em relação à receção do princípio da proibição do retrocesso na jurisprudência do STF é menos claro e perentório do que aquilo que se poderia anteciper, tendo em conta o contexto doutrinal e normativo. Apesar de ser inequívoca a predisposição favorável à autonomia do princípio da proibição do retrocesso, não há dados para concluir qual das versões é perfilhada pelo Tribunal – e se perfilha sempre a mesma – ou tão pouco para afirmar que rejeita uma conceção extrema, absoluta ou categórica, de proibição do retrocesso social e adere a uma conceção moderada que, nas palavras de Sarlet, proporcione “uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais”<sup>55</sup>.

---

52 “O núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] 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”: *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 321 (ênfase aditada).

53 Página 22.

54 Página 25.

55 Ingo Wolfgang Sarlet, “Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo...”, p. 136.

### 1.3.2 Princípio da proporcionalidade

Quanto à proibição do excesso, que alguns autores sustentam que o STF segue desde momento anterior à Constituição de 1988<sup>56</sup> e que, como veremos, vários Tribunais do panorama universal têm vindo a usar como parâmetro da apreciação da constitucionalidade de medidas restritivas ou retrocessivas de posições jurídicas subjetivas protegidas *prima facie* de interferências do legislador, não é possível encontrar decisões do STF que alinhem no mesmo sentido, mesmo quando versam temas e situações de colisões que à partida pareceriam propensas, como o acórdão sobre a cobrança de mensalidades pelas universidades públicas em alguns cursos de pós-graduação<sup>57</sup>. Há meramente alusões ocasionais<sup>58</sup>, algumas referenciadas anteriormente<sup>59</sup>.

### 1.4 CONCLUSÃO PARCIAL

A análise da jurisprudência mostra que o STF é menos afoito no uso das mais aperfeiçoadas e intrusivas técnicas de garantia de um processo substantivo devido na efetivação de direitos sociais do que seria expectável, tendo em conta as alegações de ativismo de que é alvo.

O Tribunal não se inibe de entrar em domínios como o mínimo de existência (parcialmente toldado pela ambiguidade na relação com os núcleos essenciais de direitos específicos), associado ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>60</sup>, seja como reduto resistente ao retrocesso, seja

---

56 Cf. Mendes/Branco, *Curso de direito...*, p. 227 ss.

57 Recurso Extraordinário nº 597.854, Goiás (2017), relatado pelo Ministro Edson Fachin. O Tribunal reverteu jurisprudência anterior, passando a admitir a cobrança de mensalidades nas universidades públicas, em certos cursos.

58 V., por exemplo, os votos do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário citado na nota anterior ou no Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363, Distrito Federal, incidente sobre a Medida Provisória nº 936/2020, adotada para enfrentar situações sociais resultantes da pandemia global do Covid-19, com dimensões de retrocesso em direitos sociais, se pode ler que o legislador “tomou todas as medidas que poderia tomar, não sendo possível depreender qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Fez as distinções que poderia fazer”.

59 No momento em que se escreve, ainda se aguardam as sentenças das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 5340 e 5389. Na primeira é questionada a alteração no critério de concessão do seguro-desemprego (alteração do período mínimo de trabalho para concessão do benefício de seis meses para um ano), processada pela Lei federal nº 13.134/2015. O requerente da ADI alega que, “ao desnaturar o direito social do seguro-desemprego, restringindo arbitrariamente patamar de aplicação consolidado na sociedade brasileira”, a lei feriu o *princípio constitucional da proibição do retrocesso legal*. A decisão que vier a ser tomada pelo STF – Relator Luiz Fux – será certamente importante para perceber o grau de implantação do princípio da proibição do retrocesso e particularmente se, como noutras paragens, a tendência é para o seu esvaziamento, relativização ou substituição por outros parâmetros, como a proibição do excesso.

60 Usando a colorida expressão de Carlos Blanco de Moraes, “O controlo da inconstitucionalidade por omissão...”, p. 158, “o novo *passaportout* de concretização dos direitos sociais”.

como mínimo absoluto a alcançar, domínios que outros tribunais evitam frequentar, por *self restraint* ou deferência para com o legislador (expor-se-á abaixo o caso exemplar do Tribunal Constitucional sul-africano). Mas há boas razões para pensar que quando o STF vai por aí, o faz com respaldo constitucional e permanecendo ainda dentro do âmbito das responsabilidades que a generosa Constituição brasileira lhe atribui: mormente, quando as posições jurídicas subjetivas resultam com clareza da própria Constituição ou já foram objeto de densificação mínima pelo legislador, havendo apenas que assegurar a sua materialização em prestações concretas. As situações em que o STF chega ao ponto de densificar *totalmente* o direito social nos domínios em que a Constituição não o fez e se dispõe a efetiva-lo, sem esperar pela ação do legislador, parecem ser episódicas e não representativas da orientação central.

Por outro lado, posições aparentemente extremas sofrem alguma matização. A cláusula da reserva do possível – hoje quase pacificamente incorporada no discurso universal dos direitos sociais –, é por vezes rejeitada como fundamento para a não concretização de direitos sociais<sup>61</sup>. Todavia, essa rejeição vem acompanhada por *caveats* que lhe retiram lastro: por exemplo, ressalva-se a ocorrência de justo motivo (para a invocar) objetivamente aferível.

Acresce que o instrumento da proibição da insuficiência ou do déficit, que é pelo Tribunal conhecido e convocado, é empregue por ele apenas no que se pode considerar uma versão imprópria, versão que, por prescindir de metódicas ponderativas, não se pode afirmar ser a mais intrusiva da liberdade de conformação do legislador.

Quanto à proibição do retrocesso, também bem conhecida pelo Tribunal, nenhum indicador concludente existe que permita afirmar que a versão extrema, absoluta, a única que pode reivindicar autonomia em relação a outros *standards*, seja a perfilhada pelo STF.

O Tribunal é certamente bastante ativo no campo dos direitos sociais. Sem embargo, seja por dificuldades de estabilizar a estrutura e de traçar e seguir com rigor a metódica aplicativa destes instrumentos – dificuldades comumente sentidas por todos os juízes constitucionais –, seja por deferência para com o legislador, seja até por reação defensiva a per-

---

61 Por exemplo, ARE 745745-AgRg/MG, p. 11, relatado pelo Ministro Celso de Mello.

sistentes alegações de ativismo judicial e de interferências diretas na política (fala-se de *supremocracia*<sup>62</sup>), o ativismo é muitas vezes mais aparente do que real<sup>63</sup>.

## 2 ALEMANHA

### 2.1 INTERESSE E ESPECIFICIDADES DO CASO ALEMÃO

A jurisprudência constitucional alemã sobre direitos sociais não ocupa um lugar de destaque quando se trata de estudar os *leading cases* universais de direitos sociais. Na raiz disso está uma opção aparentemente incoerente, se tivermos em conta a história das políticas sociais bismarckianas e a consagração de direitos sociais na Constituição de Weimar (paradigma universal do constitucionalismo dos direitos sociais). Em contraste com várias Constituições de *Länder*, a Constituição de 1949 não contém um catálogo desses direitos. Direito social explicitamente consagrado é o das mães à assistência da comunidade (art. 6.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4). Decisões do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) de 1951<sup>64</sup> (primeiro ano de funcionamento) e, sobretudo, de 1975<sup>65</sup>, afirmaram o direito ao mínimo de subsistência. Certamente que a inclusão de uma cláusula de Estado social (art. 20.<sup>o</sup>)<sup>66</sup> e a interpretação de outros preceitos, encorajaram o Tribunal a reconhecer dignidade constitucional a vários direitos sociais e a escrutinar a constitucionalidade de medidas legislativas regressivas ou omissivas<sup>67</sup>. Mas as balizas de uma jurisprudência de direitos sociais são apertadas: ao legislador é reconhecida uma amplíssima margem de conformação do próprio conteúdo dos direitos sociais e não apenas das suas condições institucionais ou organizativas e modalidades de exercício; sem consagração constitucional direta, cada direito tem um fundamento próprio, seja nos princípios do Estado social e da

62 Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, v. 4, 2 (jul./dez. 2008), p. 441-464, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>.

63 Embora não se possa estudar o caso do Supremo Tribunal indiano, esse parece ser também o panorama na Índia: v. Anashri Pillay, “Revisiting the Indian experience...”.

64 BVerfGE 1, 97, *Hinterbliebenenrente*.

65 BVerfGE 40, 121, § 44.

66 Sínteses e mais referências em Alexy, *Theory...*, p. 288 ss., 334 ss.; Jeff King, “Social Rights, Constitutionalism...”; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed., v. 1, C. H. Beck, Munich, 1984, capítulo 21; mais recentemente, Hans Michael Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom “sozialen” Staat in Art. 20 Abs. 1 GG*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008; Andreas Voßkuhle, “Der Sozialstaat in der Rechtsprechung des BVerfG”, *Die Sozialgerichtsbarkeit*, v. 4 (2011), p. 181-186.

67 V., por exemplo, Volker Neumann, “Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen...”; Karl-Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz...*; Ana María Suárez Franco, “Los límites constitucionales a las medidas regresivas...”.

dignidade da pessoa humana, seja em outras considerações, como o postulado de que os direitos de defesa só são integralmente fruíveis se houver garantia de direitos sociais, seja ainda em específicos direitos consagrados na Constituição, como o direito de propriedade ou a liberdade de exercício da profissão; o conceito de conteúdo mínimo ou essencial do direito como reduto de uma garantia *absoluta* e *definitiva* não tem condições para se afirmar como noutras ordens constitucionais, incluindo a portuguesa. Nesse contexto, a conceção prevalecente sobre a justiciabilidade dos direitos sociais é restritiva<sup>68</sup>.

Todavia, a situação não é estática. A Alemanha é signatária do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o que de algum modo esbate a ausência de catálogo constitucional interno<sup>69</sup>. Do mesmo modo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que prevê direitos sociais, tem hoje o mesmo valor jurídico que os Tratados.

Do sistema alemão de processo devido substantivo respeitante aos direitos sociais não se podem retirar ilações inteiramente transponíveis para outros ordenamentos (tendo em conta o quadro constitucional relativamente único neste campo, mas também as específicas condições socioeconómicas). Mas o acervo jurisprudencial recente merece atenção, não apenas por revelar um posicionamento original, mas também pela curiosidade de verificar se instrumentos como o núcleo essencial, a proibição do excesso ou a proibição do defeito ou da insuficiência (para já não falar da *Vorbehalt des Möglichen*, da *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou da *Soziales Rückschrittsverbot*<sup>70</sup>), lançados da Alemanha para o Mundo, têm ou estão em vias de ter algum préstimo na esfera dos direitos sociais.

---

68 Sendo, todavia, de salientar que tal situação de base não obstou a que se formasse uma sólida construção doutrinal e teórica em torno do conceito de estado social na Lei Fundamental, eventualmente mais profunda e elaborada do que a que se gerou em outros Estados europeus, incluindo aqueles onde vigora um robusto catálogo constitucional de direitos sociais, como Portugal: assim, Jeff King, "Social Rights, Constitutionalism, and the German Social State Principle".

69 Embora não se deva olvidar a prevenção de Canotilho, válida para a Alemanha e para outros Estados, sobre a tendência para a "bondade" extrafronteiras e "maldade" em casa em matéria de direitos sociais: "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos'...", p. 104.

70 Reserva do possível, teoria da irreversibilidade, proibição do retrocesso social.

## 2.2 OMISSÕES DE CUMPRIMENTO DE VERTENTES POSITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS: EM PARTICULAR O DIREITO AO MÍNIMO DE SUBSISTÊNCIA

A jurisprudência do *BVerfG* sobre direitos sociais sofreu evolução significativa com a sentença *Hartz IV*<sup>71-72</sup>, de 9 de fevereiro de 2010. O direito ao mínimo de subsistência já tinha sido versado ou mencionado em julgamentos anteriores, mas é nessa sentença que o Tribunal elabora longamente sobre o âmbito e o conteúdo desse direito, para além de assumir uma postura mais ativa no controlo da forma como o legislador o concretiza. Essa postura seria reiterada e aprofundada em sentenças posteriores, como a sentença sobre os benefícios para requerentes de asilo, de 18 de julho de 2012<sup>73</sup>, que lhe deu continuidade e a aprofundou.

No caso da primeira sentença (2010), os autores da ação haviam inicialmente solicitado que o Tribunal Social lhes fixasse prestações sociais maiores do que as decorrentes da lei em vigor, alegando que estas eram insuficientes para assegurar o seu mínimo de subsistência. Aquele Tribunal não deu provimento à ação. Após recurso para o Tribunal Social Superior do Hesse, este submeteu ao *BverfG* a questão de constitucionalidade das normas dos benefícios fiscais *Hartz IV*, à luz do direito ao mínimo de subsistência.

Para o Tribunal, dos arts. 1.1 e 20.1 da Lei Fundamental (respetivamente, princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social)<sup>74</sup> deriva um direito subjetivo de cada indivíduo, não escrito, autónomo<sup>75</sup>,

71 *BVerfG*, Judgment of the First Senate of 09 February 2010 – 1 BvL 1/09 –, paras. (1-220). Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/lis20100209\\_1bvI000109en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/lis20100209_1bvI000109en.html).

72 Por *Hartz IV* designam-se habitualmente os benefícios atribuídos em situação de desemprego, depois de esgotado o período do subsídio de desemprego, tendo em conta o próprio e as pessoas com vida em comum. *Hartz* foi a personalidade política que liderou o processo de reforma do mercado de emprego no início do século. V. uma apresentação sintética em Jeff King, “Social Rights, Constitutionalism...”, cit.

73 *BVerfG*, Judgment of the First Senate of 18 July 2012 – 1 BvL 10/10 –, paras. (1-113). Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/lis20120718\\_1bvI001010en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2012/07/lis20120718_1bvI001010en.html).

74 “Article 1.1 of the Basic Law declares human dignity to be inviolable and obliges all state authority to respect and protect it [...]. As a fundamental right, the provision is not only a defensive right against encroachments on the part of the state. The state must also protect human dignity in positive terms [...]. If a person does not have the material means to guarantee an existence that is in line with human dignity because he or she is unable to obtain it either out of his or her gainful employment, or from own property or by benefits from third parties, the state is obliged within its mandate to protect human dignity and to ensure, in the implementation of its social welfare state mandate, that the material prerequisites for this are at the disposal of the person in need of assistance” (§ 134, itálicos aditados)

75 “As a guarantee right, this fundamental right from Article 1.1 takes on autonomous significance, in its conjunction with Article 20.1 of the Basic Law, in addition to the right from Article 1.1 of the Basic Law to respect for the dignity of each individual, which has an absolute effect. Fundamentally, it is not subject to the legislature’s disposal and must be honoured; it must however be lent concrete shape, and be regularly updated, by the legislature, which has to orientate the benefits to be paid towards the respective stage of

judicialmente desenvolvido, não dependente da vontade do legislador e *justiciável*, a um mínimo de subsistência. Tal direito visa a satisfação de necessidades sociais básicas alinhadas pelo princípio da dignidade humana (comida, roupa, utensílios domésticos, habitação, aquecimento, higiene e saúde; inter-relacionamento humano; participação mínima na vida social, cultural e política)<sup>76</sup>. Da Constituição não resulta, porém, qual deve ser o valor da prestação pecuniária, cabendo ao legislador, no uso da sua margem de conformação, defini-lo, incumbindo ao Tribunal Constitucional, do ponto de vista material, apenas verificar se os benefícios ou prestações previstas na lei são *manifestamente insuficientes*<sup>77</sup>.

Além da aplicação do critério material da *manifesta insuficiência*, o Tribunal verificou também se o legislador tinha adotado e aplicado os métodos e as fórmulas de cálculo adequadas e se os factos relevantes haviam sido tomados em consideração por ele<sup>78</sup>.

No final, o Tribunal não entendeu que houvesse uma situação de *manifesta insuficiência* do montante dos benefícios sociais, mas pronunciou-se pela inconstitucionalidade da prestação de €345 e, conseqüentemente, também das prestações de €311 e €207 (atribuíveis em diferentes situações), por violação dos critérios procedimentais: o legislador desviara-se do modelo de cálculo por ele escolhido e apresentado, sem justificação factual<sup>79</sup>. Todavia, como o Tribunal não poderia fixar, ele próprio, os valores das prestações e cabia ao legislador a correta aplicação daquele modelo, as normas julgadas inconstitucionais ficariam em vigor até que o legislador cumprisse essa tarefa, dentro de um certo prazo, de modo a evitar uma lacuna legislativa<sup>80</sup> (*sentença de provimento fictício*).

---

*development of the polity and towards the existing conditions of life. It has latitude in bringing about this state of affairs.*" (§ 133, itálico adotado)

76 § 135.

77 § 141.

78 "Within the material bandwidth which is left by this review of evident errors, the fundamental right to the guarantee of a subsistence minimum that is in line with human dignity cannot provide any quantifiable requirements. However, it requires a review of the basis and of the method of the assessment of benefits in terms of whether they do justice to the goal of the fundamental right" (§ 142). "The Federal Constitutional Court hence examines whether the legislature [...] within its margin of appreciation [...] has selected a calculation procedure that is fundamentally suited to an assessment of the subsistence minimum, whether, in essence, it has completely and correctly ascertained the necessary facts and, finally, whether it kept within the bounds of what is justifiable in all calculation steps with a comprehensible set of figures within this selected procedure and its structural principles" (§ 143, itálicos adotados).

79 § 173: v. também § 188, § 190.

80 § 212.

Nesta sentença não se vislumbra aplicação do princípio da proporcionalidade moderna (seja na dimensão de proibição do excesso seja na de proibição do defeito ou da insuficiência). O Tribunal elegeu claramente dois padrões de avaliação: (i) *manifesta insuficiência*; (ii) mecanismos procedimentais para calcular o mínimo de subsistência. O primeiro teste, incidente sobre a solução legislativa na sua materialidade, não se pode confundir com o princípio da proibição do déficit ou da insuficiência, princípio que, no seu sentido próprio e distintivo, não visa garantir um nível mínimo e não prescinde de operações de ponderação de bens, interesses ou valores em colisão<sup>81</sup> – que não foram realizadas. O segundo teste visa a mera apreciação da adequação de métodos, do procedimento e da informação usada pelo legislador, não incidindo sobre o conteúdo das medidas legislativas. Estes testes foram desenhados à medida do concreto direito social em causa, um *super-direito* que, ao invés do que sucede em ordens jurídicas onde tem alguma expressão constitucional, seja por consagração específica (como parece ser o caso do art. 63.º, n.º 3, da CRP<sup>82</sup>), seja pela conjugação de várias normas de direitos (ou, porventura, dos seus conteúdos mínimos), está totalmente dependente de densificação legislativa e jurisprudencial. Todavia, há quem os aproxime do teste da *reasonableness* sul-africano, tal como explanado em *Grootboom*<sup>83</sup> ou até veja aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>84</sup>.

Na segunda sentença (2012), o Tribunal apreciou a constitucionalidade dos benefícios concedidos aos candidatos a asilo. Assumindo que o direito ao mínimo de subsistência é também encabeçado por estrangeiros na Alemanha, o Tribunal considerou os montantes atribuídos àquelas pessoas – inalterados desde 1993 e mais reduzidos, em cerca de um terço, do que os atribuídos a nacionais em idêntica situação de carência – *manifestamente insuficientes* para garantir o mínimo de subsistência tal como requerido pelo princípio da dignidade humana. O Tribunal manteve-se fiel aos *standards* desenhados em 2010, tendo, desta feita, encontrado inconstitucionalidade por manifesta insuficiência. Também aqui não se deteta a metódica ponderativa típica das modalidades do princípio da proporcionalidade em sentido moderno (designadamente a proibição do defeito ou da insuficiência), embora desta vez não fosse, em tese, impossível realizá-la. Latente estava

81 V., mais uma vez, o nosso *O princípio da proibição...*, p. 963 ss.

82 Cf. *infra*, porém, a diferente via seguidas pela jurisprudência constitucional portuguesa.

83 Inga T. Winkler/Claudia Mahler, “Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence...”, p. 396.

84 Katrougalos/Akoumianaki, “L’application du principe de proportionnalité...”, p. 1398.

uma colisão entre o direito ao mínimo de subsistência e uma política de migração dissuasória de fluxos de candidatos ao asilo. O Tribunal, porém, recusou que o interesse numa política de migração moderadora pudesse ser convocado para justificar a atribuição de um benefício aos candidatos a asilo abaixo do limiar do mínimo de subsistência.

### 2.3 INTERFERÊNCIAS EM VERTENTES NEGATIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

Na sentença sobre as reduções sancionatórias de benefícios de desemprego, de 5 de novembro de 2019<sup>85</sup>, não estava em causa o julgamento da constitucionalidade do montante do benefício que visa assegurar o mínimo de subsistência, mas uma *interferência* legislativa na garantia do mínimo de subsistência.

Em 2014, um desempregado recusou uma oportunidade de emprego que o centro de emprego lhe proporcionou. O centro aplicou uma sanção de redução de 30% do benefício auferido pelo particular. Algum tempo depois, o mesmo particular recusou uma nova oportunidade oferecida pelo centro de emprego. Este impôs uma sanção de 60%. As sanções decorriam diretamente da lei, tinham obrigatoriamente de ser aplicadas, no montante e pela duração ali fixados, não cabendo ao centro de emprego qualquer discricionariedade. O particular impugnou as sanções no Tribunal Social de Gotha e este suscitou a intervenção do Tribunal Constitucional para se pronunciar sobre a questão da constitucionalidade das normas sancionatórias de redução do benefício social auferido por desempregados no valor de 30%, 60% ou 100%. Depois de alguns incidentes processuais, aquele pronunciou-se em 2019.

As sanções visavam o fim de estimular os desempregados a esforçar-se para reintegrar o mercado do emprego. Estava em colisão, portanto, o *dever* do Estado de se abster de afetar o mínimo de subsistência (dever de abstenção de interferência na vertente negativa de um direito social) e a *permissão* de prosseguir o interesse público de promover o retorno dos desempregados ao mercado do emprego (e também o interesse do desagramento do peso sobre as verbas públicas de assistência). O *BVerfG* analisou se a afetação do mínimo de subsistência resultante da imposição de sanções

---

85 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 05. November 2019 – 1 BvL 7/16 –, Rn. (1-225). Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2019/11/1s20191105\\_1bvl000716.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2019/11/1s20191105_1bvl000716.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

– com montantes, obrigatoriedade e duração fixa de 3 meses determinados pela lei – era justificado pela promoção dos bens, interesses ou valores colidentes, aplicando o princípio da proporcionalidade. Aceitando que o fim prosseguido pelo legislador era legítimo, o Tribunal entendeu que a sanção de redução de 30% do benefício social podia ser considerada adequada, mas que as sanções no montante de 60% e 100% não podiam ser aceites como adequadas e necessárias, já que importiam dificuldades de tal forma violentas que poderiam ser contraproducentes. O caráter obrigatório das sanções foi julgado como violador do princípio da proporcionalidade em todos os seus segmentos. A duração fixa de 3 meses foi julgada inconstitucional por violação dos segmentos da adequação e da necessidade.

Tratou-se, por conseguinte, de uma aplicação estrita do princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso.

## 2.4 CONCLUSÃO PARCIAL

Tal como no Brasil e noutros ordenamentos que estudaremos de seguida, a jurisprudência sobre direitos sociais, na medida em que reflete uma coisa relativamente *nova*, a justiciabilidade daqueles direitos, está numa fase evolutiva que não aconselha conclusões definitivas sobre o seu sentido geral e sobre os instrumentos usados para garantir um processo substantivo devido na interferência em, e efetivação dos, direitos sociais. Registam-se, porém, tendências, que se poderão confirmar ou não no futuro.

Quanto às situações em que está em jogo a definição ou materialização da vertente *positiva* do direito social, o parâmetro da proibição do defeito (inventado na Alemanha, mas no domínio das *Dreieckskonstellationen*) não é encarado como um instrumento validamente aplicável à efetivação de direitos sociais. O que os casos aqui trazidos referentes ao direito ao mínimo de subsistência mostram é uma tendência para assentar num *mínimo* que deve ser assegurado e desenhar testes que permitam um equilíbrio entre o desempenho das funções de garantia da constitucionalidade e dos direitos fundamentais entregues ao Tribunal e a ampla liberdade de conformação de que o legislador disfruta neste domínio: os testes da *manifesta insuficiência* e da *adequação procedimental* são casos exemplares disso.

Em situações de intervenção legislativa na vertente *negativa* de direitos sociais já efetivados pelo legislador não há, evidentemente, indício de

um princípio de proibição absoluta do retrocesso<sup>86</sup>. Mas ressalta a articulação entre a garantia de um *mínimo de existência*, concebido como direito subjetivo vinculativo definitivo<sup>87</sup> e a aplicação do princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso. Isto é assim também quando o direito social seja direta ou indiretamente fundado no direito de propriedade – como sucede, *maxime*, com o direito à pensão no sistema previdencial contributivo público – ou noutros direitos de defesa<sup>88</sup>. Além disso, são invocados como limite ao retrocesso dos direitos sociais, o princípio da confiança, o princípio da igualdade e outros.

### 3 CANADÁ

#### 3.1 A PROPORCIONALIDADE EM COLISÕES QUE ENVOLVEM A VERTENTE POSITIVA DE DIREITOS SOCIAIS

Em *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 1997<sup>89</sup>, julgou-se se o facto de as normas aplicáveis à prestação de cuidados médicos custeados por fundos públicos não preverem o fornecimento de linguagem gestual, quando os doentes são surdo-mudos e se expressam através dessa linguagem, é justificado face às normas constitucionais. Entre outros ângulos analisados pelo *Supreme Court* – sendo também central o princípio da igualdade, uma vez que o não fornecimento da tradução em linguagem gestual implica que aqueles que só se expressam dessa forma não têm acesso aos cuidados de saúde igual ao dos demais pacientes –, estava em apreciação uma eventual omissão ou insuficiência de cumprimento de uma vertente positiva de direito social, o direito à saúde, na medida em que a recusa do Estado (no caso, British Columbia) em assegurar essa prestação reflete-se negativamente nas prestações de saúde e, bem assim, na fruição do próprio direito social à saúde. Depois de um extenso percurso argumentativo, o Tribunal averigua se tal opção do Estado é justificada perante o art. 1.º da Canadian Charter of Rights and Freedoms<sup>90</sup>. Para isso, convoca o

86 Como mostra a investigação de Tiago Fidalgo de Freitas, “O princípio...”, p. 809/900, essa é também a situação de outros Países, como Espanha e França.

87 Na expressão de Alexy, *A Theory...*, p. 336.

88 Exemplos de sentenças do Tribunal Constitucional alemão que declaram a inconstitucionalidade de medidas restritivas de direitos sociais por violação do princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso, além da estudada no texto, são, por exemplo, as respeitantes à divisão de rendimentos depois do divórcio (BVerfGE 53, 257) e à eliminação de subsídio de desemprego devido ao incorreto preenchimento de formalidades (BVerfGE 74, 203).

89 Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1552/index.do>.

90 “The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

teste da proporcionalidade (ou teste *Oakes*<sup>91</sup>), quadro analítico para determinar se uma norma constitui o limite razoável a que alude aquele artigo da Carta<sup>92</sup>. O Tribunal concluiu que a legislação sob escrutínio violava o segmento da necessidade (ou *minimum impairment*), na medida em que sendo o custo estimado do fornecimento da linguagem textual somente \$150,000, aproximadamente 0,0025% do gasto total provincial com o orçamento da saúde, haveria outras alternativas capazes de preservar a sanidade das despesas públicas que o Estado não considerara<sup>93</sup>.

### 3.2 A PROPORCIONALIDADE EM COLISÕES QUE ENVOLVEM A VERTENTE NEGATIVA DE DIREITOS SOCIAIS

Um conhecido caso envolvendo colisão entre direitos sociais e opções de políticas públicas é o caso NAPE (2004)<sup>94</sup>.

Em 1988, o Governo de Newfoundland e Labrador assinou um acordo com uma organização sindical com vista a garantir salário igual para as mulheres empregadas no setor da saúde, que eram mais mal remuneradas que os homens. Em 1991, o mesmo Governo produziu o *Public Sector Restraint Act*, que adiou para esse ano o início do acordado aumento de salário. Com isso a Província poupava aproximadamente \$24 milhões. A medida era justificada pela crise financeira sem precedentes que a província enfrentava e que obrigava o Governo a reduzir o déficit, com várias medidas de congelamento de serviços públicos e de salários.

Chamado a pronunciar-se, o *Supreme Court* do Canadá procedeu à conhecida análise em dois passos (*two steps*). No primeiro verifica-se se há efetiva interferência no direito; no segundo averigua-se se existe justificação

---

91 *R. v. Oakes* ou *Her Majesty The Queen v. David Edwin Oakes* (1986).

92 Quadro analítico descrito sumariamente nos seguintes termos: "First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the Charter guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s.1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable".

93 Outro exemplo de sentença do *Supreme Court* com a mesma *ratio*: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, 1991. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/761/index.do>.

94 *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2182/index.do>. Cf. também *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 1997. Disponível em: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997scr3-624/1997scr3-624.html>.

para tal interferência<sup>95</sup>. O Tribunal começou por apurar que o art. 15.º, 1, da Carta Canadiana de Direitos Humanos, fora realmente infringido.

De seguida passou a aplicar o teste da proporcionalidade – ou teste *Oaks* –, para verificar se a medida era justificada ou, mais elaboradamente, se podia ser “*demonstrably justified in a free and democratic society*”. O Tribunal entendeu que a diminuição do défice orçamental era um fim legítimo para a interferência (*pressing and substantial legislative objective*), mas com a reserva de que não o consideraria sempre relevante, apenas não o podia ignorar em situação de crise financeira. Além disso: (i) havia conexão racional entre a medida e os objetivos pretendidos (*rational connection, adequação*): “*as the pay equity payout represented a significant portion of the budget, its postponement was rationally connected to averting a serious fiscal crisis in Newfoundland and Labrador*”; (ii) os direitos das trabalhadoras da saúde não tinham sido mais restringidos do que o razoavelmente necessário para alcançar o premente e o substantivo fim legislativo da viabilidade fiscal (*minimal impairment* ou necessidade)<sup>96</sup>; (iii) tomadas como um todo, as medidas orçamentais adotadas fizeram mais bem do que mal, não obstante os efeitos adversos sofridos pelas trabalhadoras do setor da saúde, por muito sérios e lamentáveis que fossem (*proportionality of salutary effects of the act to deleterious effects of the act*)<sup>97</sup>.

Tenha-se em conta que neste caso a preocupação dominante era saber se o legislador poderia infringir um direito social – o direito a salário igual independentemente do género – já *materializado* em legislação anterior (produzida na sequência do acordo com os representantes dos trabalhadores) e já consolidado na esfera subjetiva de particulares. Como já vimos no caso alemão, nestas circunstâncias, estruturalmente similares à de *direitos negativos* sacrificados em nome de interesses públicos, a aplicação da proporcionalidade como proibição do excesso não enfrenta obstáculos de maior.

### 3.3 CONCLUSÃO PARCIAL

Numa ordem constitucional onde o princípio da proporcionalidade é sistemática e consistentemente aplicado desde 1986, não surpreende en-

---

95 Sobre a teoria dos dois passos, v. por exemplo M. Cohen-Eliya/I. Porat, “American balancing and German proportionality: The historical origins”, *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, 2 (2010), p. 267; Aharon Barak, *Proportionality...*, p. 19, 437 ss.

96 *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, nº 97.

97 *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, nº 99.

contrar situações em que isso ocorre na esfera de interferências negativas em direitos sociais, mas também na esfera de vertentes positivas, embora com associações ao princípio da igualdade. Nesta segunda situação, observa-se um fenómeno comum a outras jurisdições: o princípio da proporcionalidade é aplicado sem que, aparentemente, o Tribunal se sinta forçado a introduzir ajustamentos, não apenas no que toca à designação (também no Canadá está por inventar uma expressão equivalente a proibição do defeito ou da insuficiência), mas, sobretudo, no que respeita à estrutura e metódica aplicativa.

## 4 ÁFRICA DO SUL

Um dos países para onde se olha quando se pretende aprofundar o conhecimento dos instrumentos do processo substantivo devido na efetivação ou interferência em direitos sociais é a África do Sul, servida por uma Constituição transformativa e amiga desses direitos e por um Tribunal Constitucional dotado de amplas competências, ambos abertos ao emprego de instrumentos de harmonização e ponderação.

### 4.1 OMISSÕES DE CUMPRIMENTO DE VERTENTES POSITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

#### 4.1.1 A *reasonableness* como parâmetro de controlo da efetivação de direitos sociais

Tendo em vista a vertente positiva dos direitos sociais, suscita particular interesse o teste da razoabilidade (*reasonableness*), que dali terá transitado para o art. 8.º, n.º 4, do Protocolo Facultativo do PIDESC (adotado em 2008) como *standard* de escrutínio do cumprimento de direitos sociais pelos Estados<sup>98</sup>. O caso *Grootboom*<sup>99</sup> é considerado o momento fundador da introdução do teste na jurisprudência global dos direitos sociais (2000)<sup>100</sup>.

---

98 Há um fenómeno de fertilização cruzada entre o ordenamento constitucional sul-africano e a regulação internacional dos direitos sociais, uma vez que a Constituição sul-africana se inspirou no PIDESC: v. Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 54.

99 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>. Julgado pouco tempo depois, interessa também o caso *TAC, Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others* (5 de julho de 2002), referente à razoabilidade de restrições introduzidas pelo Estado em relação à ministração de um antiretroviral a mães grávidas positivas de HIV.

100 O Tribunal migrou de um teste de racionalidade, estabelecido em *Soobramoney* (1998), para o teste razoabilidade. Para uma resenha dos antecedentes e significado das inovações introduzidas por *Grootboom*, Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 58 ss.; Sandra Liebenberg,

O caso entroncava numa herança grave do regime do *apartheid* que atirara centenas de milhares de pessoas para bairros ilegais nos arrabaldes das grandes cidades. Em Wallacedene, no município de Oostenberg, no Cabo Ocidental, viviam milhares de pessoas em barracas, sem água, esgotos, recolha de resíduos ou eletricidade, inundadas a maior parte do Inverno. Depois de terem aguardado vários anos pela atribuição de habitação social, Irene Grootboom, detentora de uma barraca de 20m<sup>2</sup> onde vivia com a família e a família da irmã, e um conjunto de 900 moradores desse bairro, entre as quais cerca de 500 crianças, ocuparam ilegalmente uma propriedade selecionada para a construção de habitação de baixo custo. A instâncias do proprietário, foram despejados e as suas habitações destruídas em condições de duvidosa legalidade. Não podendo regressar às casas de origem, e desprovidos dos materiais adequados, improvisaram abrigos rudimentares feitos de cartão, plástico e de outros materiais, num campo de futebol adjacente ao centro comunitário de Wallacedene. Aí padeciam de carências básicas de sanitação e eletricidade, para além da precariedade e inadequação das casas para enfrentar o inverno do Cabo. O grupo de Grootboom interpôs uma ação com base nos arts. 26.<sup>o</sup> (direito a habitação adequada) e 28.<sup>o</sup> (direito das crianças a abrigo básico) da Constituição da África do Sul, requerendo a ação de vários níveis do governo, designadamente da municipalidade.

O Tribunal Superior (*High Court*) entendeu que as respondentes autoridades públicas tinham tomado “todas as medidas *razoáveis* tendo em conta os recursos disponíveis para conseguir a realização progressiva do direito de acesso a uma habitação adequada”. Todavia, na medida em que o direito das crianças a abrigo básico não está sujeito à condição de recursos disponíveis, o Tribunal julgou que os requerentes tinham direito a ver-lhes disponibilizado tal abrigo básico.

O caso chegou subsequentemente ao Tribunal Constitucional por via de recurso. A certo passo, o Tribunal reconhece que a forma como o processo de despejo de Grootboom e co-autores fora decidido e executado poderia ser objeto de censura à luz da *obrigação negativa* do Estado de não interferir no direito à habitação. Todavia, objeto central do recurso e

---

*Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, capítulo IV; Katharine Young, “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”, bem como bibliografia aí citada. Na bibliografia nacional, destacam-se Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 210 ss.; e Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 605 ss.

da análise era saber se as autoridades públicas incumpriram as *obrigações positivas* correlatas ao direito social à habitação do art. 26.º da Constituição sul-africana (tendo sido descartada a violação do art. 28.º, ao invés do que fora entendimento do *High Court*).

Na época em que foi produzida, a decisão era relevante para a doutrina universal dos direitos sociais por consolidar vários pilares em termos que, em alguns casos, ainda não eram claramente aceites por vastos setores da doutrina e da jurisprudência dos direitos sociais: (i) a justiciabilidade desses direitos<sup>101</sup>; (ii) a distinção entre deveres negativos e deveres positivos decorrentes do direito social, correlatos a direitos negativos e positivos que obrigam o Estado, outras entidades e indivíduos; (iii) o direito negativo, implícito, consistente em “*to desist from preventing or impairing the right of access to adequate housing*”; (iv) aos deveres decorrentes dos direitos sociais estão sujeitos não apenas o Estado mas também os particulares.

Havendo que determinar qual o parâmetro de verificação da constitucionalidade das medidas adotadas pelo Estado para cumprimento dos deveres de ação resultantes do art. 26.º da Constituição, o Tribunal começou por afastar o *standard* do conteúdo mínimo do direito, primordialmente por se considerar incapaz de o determinar<sup>102</sup>. Recorreu, ao invés, ao teste da razoabilidade como o teste constitucionalmente adequado para o julgamento do caso. A opção do Tribunal tem respaldo direto na Constituição, uma vez que é ela própria que incorpora a noção de razoabilidade, no art. 26.º, 2 (“*reasonable legislative and other measures*”<sup>103</sup>) e em outros<sup>104</sup>.

Medidas razoáveis são, para o Tribunal, medidas previstas num programa coerente e coordenado, adotadas tendo em conta os vários níveis de governo, distribuindo responsabilidades e tarefas por todos, bem como os adequados recursos. O programa tem de ser capaz de facilitar a progressiva realização do direito (“*capable of facilitating the realisation of the right*”<sup>105</sup>), devendo ser razoável na conceção e na implementação. No caso em jul-

---

101 “[T]hese are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce.” (*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 94)

102 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 33.

103 “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.”

104 Arts. 24.º, 25.º, 5, 27.º, 2, 29.º, 1 e 2, 32.º, 2, 33.º, 1, 35.º, 1, 3, 36.º, 1, 37.º, 6. Todavia, o sentido da expressão não é unívoco.

105 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 41.

gamento, as medidas não seriam consideradas razoáveis se, embora pudessem ser consideradas razoáveis na perspectiva de um programa de médio e longo prazo, não respondessem às necessidades dos mais desesperados: “*If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test*”<sup>106</sup>.

O Tribunal concluiu que o programa nacional não superava o teste da razoabilidade por não prever medidas capazes de proporcionar alívio temporário imediato para aqueles que estão em situação de necessidade extrema ou desesperada<sup>107</sup>. Em conformidade, emitiu uma injunção (*declaratory order*) no sentido de o Estado conceber, financiar, implementar e supervisionar medidas mitigadoras que garantissem alívio aos que se encontrem em carência extrema (*desperate need*)<sup>108</sup>.

O teste da *reasonableness* radica no chamado teste *Wednesbury* do Direito Administrativo britânico<sup>109-110</sup>. Este, na sua versão inicial, era um teste altamente deferente em relação à Administração Pública, mas que se foi tornando mais adstringente. Diferentemente da metódica em que se inserem os testes da proporcionalidade, o Tribunal prescinde de cumprir formalmente o primeiro passo da metódica de justificação: fixar preliminarmente o conteúdo e âmbito de proteção do direito (incluindo o conteúdo mínimo) e verificar se foi (in)cumprido. Além disso, também diferentemente dos testes da proporcionalidade, não há pré-fixação de passos metódicos, de critérios precisos, de uma ordem de apreciação desses passos e critérios. A aferição da razoabilidade vale-se de indicadores eleitos de acordo com o contexto

---

106 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 44.

107 “[T]he nationwide housing programme falls short of obligations imposed upon national government to the extent that it fails to recognise that the state must provide for relief for those in desperate need” (*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 66). Mais explicitamente, “the state was not meeting the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution in the area of the Cape Metro. In particular, the programmes adopted by the state fell short of the requirements of section 26(2) in that no provision was made for relief to the categories of people in desperate need identified earlier” (*Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 69).

108 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 96.

109 Mas não se confunde com um simples teste de direito administrativo: Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 8s ss.

110 Isso explica também a aplicação de testes de *reasonableness* noutros Estados que receberam a influência do Direito britânico. Pela sua dimensão, merece referência o caso da Índia, onde a *reasonableness* é o padrão seguido em geral (não especificamente nos direitos sociais) pelo Supremo Tribunal. Discute-se se esse teste, na versão indiana, não é afinal o mesmo que o teste da proporcionalidade, uma vez que em vários casos incorpora alguns elementos estruturais desta. Argumentando em sentido negativo, Chintan Chandrachud, “Proportionality, Judicial Reasoning and the Indian Supreme Court”, p. 88, 93 ss.; v. também Tarunabh Khaitan, “Beyond Reasonableness – A Rigorous Standard of Review for Article 15 Infringement”, *Journal of the Indian Law Institute*, v. 50, 2 (2008), p. 177-208.

“*reasonableness must be determined on the facts of each case*”<sup>111</sup>), podendo, portanto, variar, de caso para caso: fatores quer de ordem procedimental ou formal, quer de ordem material, como as considerações atinentes à dignidade dos seres humanos<sup>112</sup>. Pode incluir aspetos próprios do exame da proporcionalidade (adequação, necessidade) e da igualdade. Com tal estrutura e funções, a razoabilidade não é um instrumento de ponderação bilateral, de *balancing* ou sopesamento, como é, por exemplo, a *proibição do defeito* ou da *insuficiência*<sup>113</sup>.

Trata-se, além do mais, de um teste em que o Tribunal pode ensaiar uma atitude de deferência para com o legislador:

*A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable.*<sup>114</sup>

Um setor da doutrina viria criticar *Grootboom*, alegando que o *standard* do núcleo mínimo seria mais apropriado, por ser densificador e protetor das situações jurídicas cobertas pelo direito<sup>115</sup>. É uma visão plausível. Sendo certo que a determinação do núcleo mínimo de um direito social em toda a sua extensão e consequências pode ser tarefa inexecutável para um Tribunal num caso concreto, não é menos certo que do juiz constitucional se espera que vislumbre quando é que o núcleo mínimo de um direito social – e as *situações jurídicas subjetivas inerentes* – é *evidentemente* incumprido. *Grootboom* é *evidentemente* um caso de grosseira omissão das prestações sociais devidas em contrapartida de um direito subjetivo a condições mínimas de habitação. Mesmo sem o reconhecer, a razão mais forte por que o Tribunal entendeu que a política do Estado não era razoável, foi

---

111 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 92.

112 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 83.

113 *Ponderação ou valoração bilateral/plurilateral* (ou *balancing*, na terminologia usada na língua inglesa) é a valoração de duas ou mais variáveis e respetivo contrapeso com vista a verificar se alguma delas prevalece sobre a(s) outra(s): v. Vitalino Canas, *O princípio da proibição...*, p. 55.

114 *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, § 41.

115 V., por todos, David Bilchitz, “Socio-economic rights, economic crisis...”, p. 727 ss., na sequência, aliás, de trabalhos anteriores; Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 61 ss. As críticas iriam subir de tom com a promanação pelo TC de sentenças aplicadoras do teste da razoabilidade ainda mais deferentes e igualmente avessas à definição do âmbito do direito, seja no seu núcleo essencial, seja no demais, como *Mazibuko* (2010). Além disso, a eficácia das decisões seria também questionada. Um dado ilustrativo: a senhora *Grootboom* viria a morrer na condição de sem abrigo.

a circunstância de esta não satisfazer a prioridade mais absoluta de todas: a de garantia do mínimo dos mínimos aos mais desesperados.

#### 4.1.2 A proporcionalidade

Se em *Grooteboom* o teste da razoabilidade é indiscutivelmente um teste não ponderativo, de outras decisões do Tribunal Constitucional sul africano sobre a efetivação da vertente positiva de direitos sociais flui a aplicação de uma metódica ponderativa típica da proibição do defeito ou da insuficiência.

É assim em *Khosa and Others v. Minister of Social Development and Others, Mahlaule and Another v. Minister of Social Development* (2004)<sup>116</sup>, onde se discutiu a constitucionalidade de normas das leis de segurança social e de bem-estar que limitavam o acesso a certos benefícios sociais a cidadãos sul-africanos, excluindo os estrangeiros com residência permanente. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade das normas e proferiu decisão aditiva, acrescentando as palavras “*or permanent resident*”, por forma a prover que estes passassem a ser também beneficiários das prestações sociais em causa. A fundamentação é inequivocamente ponderativa:

*In my view the importance of providing access to social assistance to all who live permanently in South Africa and the impact upon life and dignity that a denial of such access has, far outweighs the financial and immigration considerations on which the state relies. For the same reasons, I am satisfied that the denial of access to social grants to permanent residents who, but for their citizenship, would qualify for such assistance does not constitute a reasonable legislative measure as contemplated by section 27(2) of the Constitution.*<sup>117</sup>

Há apenas expressão evidente da aplicação da proporcionalidade e.s.e., mas isso coaduna-se com a estrutura típica da proibição do defeito onde, como concluímos noutro local, esse segmento assume um relevo tendencialmente preponderante<sup>118</sup>.

---

116 Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/11.html>. Outro caso: *Minister of Public Works and Others v. Kyalami Ridge Environmental Association and Others* (2001). Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2001/19.html>.

117 *Khosa*, nº 82. V., sobre as dúvidas a propósito da relação entre o teste dito da proporcionalidade aplicado em *Khosa* e o teste da razoabilidade, Katharine Young, “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”, p. 260; Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 88.

118 *O princípio da proibição do excesso...*, p. 1020 ss., 1027 ss. Para uma apresentação das vantagens da aplicação deste teste nestas situações, Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, nomeadamente p. 100 ss.

## 4.2 INTERFERÊNCIAS EM VERTENTES NEGATIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

O princípio da proporcionalidade clássica regista aplicações na jurisprudência constitucional, embora, porventura, não tão profusas, nem no estilo estritamente segmentado, ritualizado e sequencial praticado na Alemanha ou no Canadá<sup>119</sup>. Sobressaem sobretudo casos em que é apreciada a constitucionalidade de interferências em direitos de liberdade; mas também casos sobre interferências em vertentes negativas de direitos sociais<sup>120</sup>.

Nos casos *Jařtha v. Schoeman and Others* e *Van Rooyen v. Stoltz and Others* (*Jařtha*, 2004)<sup>121</sup>, julgados conjuntamente pelo Tribunal Constitucional por terem objeto semelhante, foi apreciada a constitucionalidade de normas que permitiam a venda de casa de habitação de baixo custo, comprada com apoio do Estado, em execução de sentença condenatória por incumprimento do pagamento de pequenas dívidas dos proprietários a terceiros, não relacionadas com a casa.

As normas foram julgadas inconstitucionais com fundamento num juízo de proporcionalidade:

*If there are other reasonable ways in which the debt can be paid an order permitting a sale in execution will ordinarily be undesirable. If the requirements of the rules have been complied with and if there is no other reasonable way by which the debt may be satisfied, an order authorising the sale in execution may ordinarily be appropriate unless the ordering of that sale in the circumstances of the case would be grossly disproportionate. This would be so if the interests of the judgment creditor in obtaining payment are significantly less than the interests of the judgment debtor in security of tenure in his or her home, particularly if the sale of the home is likely to render the judgment debtor and his or her family completely homeless.*<sup>122</sup>

A aplicação dos segmentos da necessidade (sendo a adequação assumida) e da proporcionalidade e.s.e. é evidente.

---

119 Katharine Young, "Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights", p. 259.

120 A base constitucional é o art. 36.º da Constituição, cláusula de limites. Nas alíneas a) a e), apenas se refere à importância do fim, à adequação e à necessidade, mas o Tribunal Constitucional tem entendido que o preceito aponta no sentido da aplicação da proporcionalidade numa perspetiva global, incluindo a proporcionalidade e.s.e. Por exemplo, S v. *Manamela* (2000).

121 Disponível em: [https://www.escri-net.org/sites/default/files/Judgment\\_of\\_the\\_Constitutional\\_Court\\_-\\_October\\_2004.pdf](https://www.escri-net.org/sites/default/files/Judgment_of_the_Constitutional_Court_-_October_2004.pdf).

122 Número 56, itálico aditado.

### **4.3 CONCLUSÃO PARCIAL**

Na África do Sul registam-se pontos de confluência e pontos de divergência com outros ordenamentos aqui estudados.

Pontos de convergência são a aplicação da proporcionalidade, quer em situações de interferência em vertentes negativas de direitos sociais, quer em situações em que são apreciadas omissões da efetivação dos direitos. Tal como no Canadá, há associações com o princípio da igualdade e aparente desconsideração da possibilidade de fazer ajustamentos na estrutura e na metódica – para já não falar da designação – do teste quando se trata das segundas situações.

Fatores de divergência são não apenas a menor ritualização e especificação dos passos da proporcionalidade, mas também a recusa da fixação de um conteúdo mínimo dos direitos e a construção de um teste alternativo de razoabilidade.

## **5 PORTUGAL**

### **5.1 INTERFERÊNCIAS EM VERTENTES NEGATIVAS DE DIREITOS SOCIAIS**

#### **5.1.1 Entre a proibição do retrocesso e a revisibilidade integral**

No que respeita a Portugal começaremos pelas interferências em vertentes negativas de direitos sociais, aquelas que maior relevo têm adquirido na jurisprudência constitucional.

Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1976 foram de que-rela, umas vezes surda e subliminar, outras vezes bem visível, entre opções ideológicas por um modelo de socialismo real ou um modelo de economia de mercado. Na revisão de 1982 a questão não ficou totalmente dirimida. Um dos campos de manobra em que essa fratura básica assumiu maior impacto, foi o dos direitos sociais, onde duas correntes extremas e irredu-tíveis rivalizavam: uma corrente apostada na plena implementação daqueles direitos, considerados direitos subjetivos, como instrumento emancipatório e de transformação da sociedade, adepta de um princípio absoluto de proibição do retrocesso e de uma estratégia de resistência contra as ameaças às conquistas do processo revolucionário iniciado em 1974; uma corrente diametralmente opositora, adversa à plena normatividade dos direitos sociais, entendidos como geradores de meras pretensões e nunca de direitos subjetivos, incondicional defensora da liberdade de conformação do legislador e

do princípio da plena revisibilidade de toda e qualquer efetivação dada por aquele a direitos sociais. Não era evidente que alguma destas duas correntes fosse predominante, mas eram certamente as mais ativas.

Na jurisprudência constitucional, o sucesso mais retumbante da primeira ocorreu em 1984. Os direitos sociais entraram de rompante na jurisprudência do Tribunal Constitucional através do Acórdão nº 39/84<sup>123</sup>, relatado por Vital Moreira, que julgou inconstitucional com força obrigatória geral normas revogatórias de grande parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, por violação do princípio da proibição do retrocesso. O Acórdão foi produzido em circunstâncias irrepetíveis (e nunca perto de se repetir nos trinta e cinco anos seguintes): tratava-se de um caso anterior à revisão constitucional de 1982, transitado da Comissão Constitucional, julgado quando o Tribunal mal tivera tempo para se instalar, relatado por um juiz de qualidade técnica e capacidade de argumentação inexpugnáveis, em época de inédito (e nunca mais experimentado) Bloco Central propício a consensos sobre matérias habitualmente divisivas. E, sobretudo, incidia sobre uma ostensiva interferência num direito social, o direito à saúde, com contornos significativamente densificados na Constituição, designadamente no que concerne à existência de um serviço nacional de saúde, objeto de uma inequívoca imposição constitucional. As normas legislativas de 1979, que cumpriam essa imposição constitucional, tinham sido suprimidas da ordem jurídica pelas normas fiscalizadas, de 1982, gerando uma omissão total numa zona normativa onde o legislador constituinte se tinha encarregado, ele próprio, de gravar em traços nítidos o que era categoricamente exigível ao nível organizativo e ao nível das prestações de saúde.

Não obstante, o teor da decisão do Tribunal tinha alguma coisa de contracorrente, dois anos depois de uma revisão constitucional que, no espírito de muitos, representara um passo significativo no alijamento da carga ideológica da Constituição de 1976. A questão que ficava pendente de desenvolvimentos futuros era se *em todas as situações com alguma similitude*, isto é, em todas as situações em que se pudesse afirmar que o legislador tinha cumprido imposições constitucionais, isso despoletaria uma espécie de força de coisa julgada eterna no plano constitucional – uma super força constitucional-, não mais podendo o legislador beliscar o adquirido.

---

123 Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional estão disponíveis em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

Na década seguinte ao Acórdão de 1984, quase integralmente coincidente com os primeiros anos de integração na Comunidade Económica Europeia, o pêndulo jurisprudencial deslocou-se para o extremo oposto, prestando tributo à segunda corrente<sup>124</sup>. O princípio absoluto de proibição do retrocesso cedeu o lugar a uma visão largamente deferencial para com o legislador, propiciadora da aplicação de algo similar – ou praticamente equivalente – à plena disponibilidade e revisibilidade da efetivação dos direitos sociais. Paradigmáticos e caracterizadores deste período são os Acórdãos nºs 380/89, sobre normas que introduziram taxas moderadoras no Serviço Nacional de Saúde, e 148/94, sobre normas que efetuaram o aumento das propinas do ensino superior.

### 5.1.2 A garantia do conteúdo mínimo do direito ou do mínimo de existência

Seguem-se alguns anos de acalmia – quase se pode falar de trégua entre as duas orientações extremas –, sem decisões jurisprudenciais marcantes no domínio dos direitos sociais. Neste período alguns autores influentes evoluem na sua opinião. José Joaquim Gomes Canotilho, um dos principais – se não o principal – mentor da versão mais absoluta do princípio começou a suavizar a sua posição ainda na década de 1990<sup>125</sup>, passando a reportar a proibição do retrocesso tão somente ao núcleo essencial do direito social e não a *todo o adquirido social* já cristalizado na lei<sup>126</sup>. A doutrina mais conhecida evoluiu para uma versão mais mitigada do princípio<sup>127</sup>.

Tudo isso terá contribuído para a criação de condições para uma terceira via com intenções compromissórias. Tal encargo foi assumido por Luís Nunes de Almeida, porventura um dos poucos capazes de o fazer com equilíbrio e autoridade.

O Acórdão nº 509/2002, por ele relatado, escrutinou normas de uma Lei que introduziram alterações à Lei do Rendimento Mínimo Garantido, entretanto rebatizado Rendimento Social de Inserção. No trânsito entre as

---

124 Para uma listagem de acórdãos relevantes deste período, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 594 ss.; Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar...*, p. 258 ss.; Catarina Santos Botelho, “Os direitos sociais num contexto de austeridade...”, p. 285.

125 Cf. “¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *REDC*, v. 15, n. 43 (1995), p. 9-23, texto de superlativa qualidade e de leitura recomendável a qualquer cultor do Direito Constitucional.

126 Cf. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 338-40.

127 Para uma revisão da doutrina portuguesa sobre o assunto v., Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar...*, p. 252 ss., Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 265 ss., e, mais recentemente, Jorge Miranda, *Direitos fundamentais*, p. 537 ss., ele próprio autor de uma evolução nesse sentido.

duas Leis as pessoas com idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos tinham ficado privadas de acesso a esse benefício social. Tratava-se de saber se essa alteração, com diminuição do universo de beneficiários da prestação social, em razão da idade, era conforme com a Constituição.

O TC discorre longamente sobre o princípio da proibição do retrocesso. Até certo ponto do Acórdão poderia parecer que ele iria ser o vetor decisivo no caso. Todavia, essa primeira impressão é superada, ficando a certeza de que as alusões à proibição do retrocesso eram apenas necessárias para resolver a questão “mal resolvida” na jurisprudência anterior e inviabilizar em definitivo a atribuição de valor absoluto e autónomo a esse princípio. Na verdade, sustenta-se que ele só é violado em certas circunstâncias e condições, quando é infringido; (i) o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade; (ii) o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna; (iii) o princípio da igualdade; ou (iv) o princípio da proteção da confiança.

Ora, quanto à primeira, tem de se admitir que o legislador democrático pode densificá-la melhor do que ninguém, não cabendo, portanto, ao juiz constitucional a sua aferição corretora e não podendo servir de parâmetro de *judicial review*. Quanto às demais situações, trata-se de instrumentos normativos possuidores de estrutura e metódica aplicativa estabelecidas e sedimentadas, não carecendo de qualquer conjugação ou condimentação (mais obscurecedora do que auxiliar) com um princípio da proibição do retrocesso<sup>128</sup>. A convocação do princípio da proibição do retrocesso é sumptuária, bastando aplicar esses princípios e *standards*<sup>129</sup>, como o Tribunal acabou por fazer ao julgar violado, no caso *sub judice*, o “conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana”<sup>130</sup>.

---

128 Cf. Jorge Miranda, *Direitos fundamentais*, p. 537. Tal orientação tem sido reiterada pelo TC. Assim, Acórdão nº 3/2010: “A jurisprudência do Tribunal [...] tem-se caracterizado por perfilhar a visão de que o princípio [da proibição do retrocesso] apenas poderá valer numa *acepção restrita*, valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais. O princípio da proibição do retrocesso social, a admitir-se, sempre carecerá de autonomia normativa em relação não só a outros parâmetros normativos de maior intensidade constitucional mas de menor extensão económico-social, tais como o direito a um mínimo de existência condigna, que é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, ou o princípio da protecção da confiança legítima, que resulta da ideia de Estado de Direito, mas também ao próprio núcleo essencial do direito social já realizado e efectivado através de medidas legislativas” (nº 3).

129 Assim, Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 246.

130 Questão controversa, de que não cabe tratar aqui, é a de saber a Constituição alberga de facto um *direito a um mínimo de existência condigna*, com uma vertente negativa e uma vertente positiva, aquela que estaria

Estava assim atingida uma primeira síntese compromissória: nem proibição absoluta do retrocesso, nem revisibilidade total; garantia do conteúdo mínimo ou essencial ou do mínimo de existência, nas várias expressões semânticas e normativas que este *standard* assumiria ao longo dos anos<sup>131</sup>. Outros arestos consolidariam esta *terceira via*, como os Acórdãos nºs 590/2004 e 336/2007, embora sem eclodir numa decisão de inconstitucionalidade.

O primeiro acórdão, incidente sobre normas que extinguíram mecanismos de crédito bonificado e crédito jovem bonificado para habitação própria, apesar de não se ter pronunciado pela inconstitucionalidade das normas, apreciou-as à luz dos parâmetros do Acórdão de 2002: “Concordância prática para concretizar, pelo menos, o núcleo essencial de todos os direitos sociais e económicos”, escrutínio sobre se se regista uma “ausência total de instrumentos jurídicos de protecção”; impedimento do retrocesso apenas quando este gera uma omissão total em situações de “ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta” ou “quando se deixe de assegurar o núcleo essencial de um direito fundamental consagrado na Constituição”.

O segundo acórdão apreciou a constitucionalidade da norma que eliminara a isenção de custas a favor de sinistrado não representado ou patrocinado pelo Ministério Público, nas causas emergentes de acidente de trabalho, face ao princípio da igualdade e ao art. 59.º, n.º 1, alínea f), da CRP (direito dos trabalhadores à assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional). Acompanhando de perto a argumentação dos Acórdãos nºs 509/2002 e 590/2004, conclui que “a tributação em custas do trabalhador que decaía em pretensão judicial emergente de acidente de trabalho e doença profissional não colide com o núcleo essencial do referido direito fundamental à “assistência e justa reparação”<sup>132</sup>.

---

em causa: em sentido crítico, por exemplo, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 626 ss.; Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 190 ss.

131 V., por exemplo, a declaração de concordância (embora discordando da aplicação concreta) de um dos autores talvez mais inclinado para a segunda corrente acima descrita: Carlos Blanco de Moraes, “O controlo da inconstitucionalidade por omissão...”, p. 196.

132 Assinale-se o curioso o contraste entre o curso argumentativo deste Acórdão e o do Acórdão nº 109/2007, incidente sobre tema similar.

### 5.1.3 A aplicação da proibição do excesso

A leitura de alguns acórdãos promanados na mesma época – primeiros anos de 2000 – indica que a *terceira via* lançada pelo Acórdão nº 509/2002 não se esgotou aí. Afastava-se a solução extrema de uma proibição do retrocesso como princípio absoluto, preservava-se o conteúdo mínimo dos direitos sociais contra interferências do legislador, mas permanecia uma interrogação: fora desse núcleo mínimo o legislador ficava totalmente livre de controlo judicial ou este podia ocorrer, embora à luz de outro parâmetro?

Como já se assinalou, nas situações em que o legislador pretende comprimir posições jurídicas subjetivas decorrentes de direitos sociais já positivadas (diretamente pela própria Constituição, ou pela lei) e incorporadas na esfera subjetiva de particulares, com vista a satisfazer, primariamente, interesses públicos que entende que devem ser promovidos, o dever do legislador tem caráter negativo, é um dever de abstenção estruturalmente equivalente aos deveres de abstenção que caracterizam primordialmente os direitos de liberdade. Assim sendo, o instrumento de harmonização e ponderação aplicável a essa colisão, entre o interesse público e os bens, interesses ou valores não integrantes do conteúdo mínimo incomprimível do direito social, é a proibição do excesso.

Ora, coincidindo com o momento em que ganha crescente confiança e destreza no uso da proibição do excesso na esfera das interferências em direitos de defesa, o Tribunal inaugura a aplicação do parâmetro também no campo das interferências em vertentes negativas dos direitos sociais<sup>133</sup>. Desde pelo menos o início deste século, o Tribunal Constitucional tem seguido uma persistente linha de aplicação do princípio da proporcionalidade clássica ou proibição do excesso em situações de colisão que envolvem direitos sociais. A circunstância de, em alguns casos, essa aplicação não se mostrar

---

133 Esta afirmação não é incontroversa. Carlos Blanco de Moraes, “De novo a querela da “unidade dogmática...”, sustenta que a aplicação autónoma do princípio da proporcionalidade a restrições de direitos sociais só muito raramente é ensaiada pelo Tribunal Constitucional, que opta as mais das vezes por fazer uma aplicação conjugada com outros princípios, como a igualdade ou a proteção da confiança. O autor reconhece duas exceções que, porém, prontamente desvaloriza: o Acórdão nº 88/2004, referente a um direito social em matéria de pensões, mas que envolveria em simultâneo uma ofensa ao princípio da igualdade, na medida em que implicava uma discriminação entre pessoas casadas e pessoas unidas de facto; e o Acórdão nº 67/2007 que, “embora seja um dos raros exemplos da convocação autónoma do princípio da proporcionalidade para censurar uma restrição tida como excessiva no exercício de um direito social” foi posteriormente revertido por Acórdão tirado em Plenário (Acórdão nº 221/2009). Em sentido diverso, Jorge Reis Novais, *Uma Constituição, dois sistemas?*..., p. 222.

ajustada ao perfil da colisão em causa<sup>134</sup> e de, noutros, não ter sido feita de acordo com uma metódica imune a reparos, não perturba a conclusão.

Os Acórdãos nºs 88/2004, 67/2007, 612/2011, 858/2014 e 660/2019, incidiram sobre normas que comprimiam direitos sociais com vista a prosseguir interesses ou valores públicos. As normas escrutinadas no Acórdão nº 88/2004 versavam uma colisão entre o direito à segurança social (art. 63.º, n.º 1, na especificação do n.º 3) e um objetivo supra-individual (eventual<sup>135</sup>) do legislador de incentivar o casamento em detrimento da união de facto. As apreciadas no Acórdão nº 67/07 incidiam sobre uma colisão entre, por um lado, o direito social do art. 64.º (direito à proteção da saúde), na sua dimensão negativa de direito social já materializado através da lei e na vertente do caráter universal e tendencialmente gratuito do SNS e, por outro, o fim de incentivar o uso de cartão do utente do SNS pela população, simplificando e desburocratizando o acesso. E as normas do Acórdão nº 612/11 resolviam uma colisão entre o direito social das instituições particulares de solidariedade social ao apoio do Estado (art. 63.º, n.º 5) e o fim da salvaguarda da justa concorrência (art. 81.º, f)).

Os dois Acórdãos mais recentes, nºs 858/2014 e 660/2019, suscitam algumas considerações.

Incidindo sobre a mesma norma e adotando *iter* argumentativo, bem como conclusões, confluentes, concentramo-nos no primeiro, nº 858/2014. O Tribunal debruçou-se sobre uma norma do Regulamento Disciplinar da PSP que previa que os agentes da Polícia a quem fosse aplicada sanção disciplinar de demissão já depois da aposentação vissem essa sanção substituída pela de perda de pensão de aposentação pelo período de quatro anos. Trata-se de uma colisão entre, por um lado, o direito social a uma pensão de aposentação e, por outro, os interesses ou fins da retribuição e da prevenção geral, situação a que é, de facto, aplicável o princípio da proibição do excesso, embora com as particularidades que assume no domínio do direito sancionatório em geral, as quais não vêm de momento ao caso<sup>136</sup>. No acórdão conclui-se da seguinte forma:

---

134 V. *infra*.

135 Eventual, porque o relator Gil Galvão manifestou dúvidas sobre qual o verdadeiro objetivo da norma legislativa (“qualquer que este seja”), nº 10.7. V., também, Acórdãos nºs 67/07 e 512/08 e a apreciação em Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 390 ss.

136 Para maior desenvolvimento, Vitalino Canas, *O princípio da proibição...*, p. 1042 ss., especialmente 1055.

Entende-se, por todo o exposto, que a norma do art. 26.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, alínea c), do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública, na medida em que determina para os funcionários e agentes aposentados a perda do direito à pensão pelo período de 4 anos, em substituição da pena de demissão, sem salvaguardar a percepção de um rendimento mínimo que lhe permita satisfazer as necessidades básicas, viola o princípio da proporcionalidade.<sup>137</sup>

Duas observações.

Primeiro, há uma inversão lógica entre o instrumento paramétrico e o objeto do instrumento paramétrico. Diversamente do que emerge deste trecho conclusivo do acórdão, não é a salvaguarda, ou não, do rendimento mínimo ou de *um mínimo de subsistência* que serve de parâmetro para verificar se o princípio da proporcionalidade foi observado; quanto muito, o que poderia suceder, se o direito a um mínimo de subsistência não fosse absoluto e fosse suscetível de ponderação, era o princípio da proporcionalidade servir de parâmetro para averiguar se o direito ao mínimo de subsistência tinha sido, ou não, justificadamente restringido.

Segundo, não se dá o devido relevo a que em situações como a do Acórdão é imperioso usar dois parâmetros distintos e autónomos, consoante as parcelas da pensão. Isso decorre da necessidade de distinguir entre a parcela da pensão que deve ser imputada ao direito a um mínimo de subsistência e a (eventual) parcela da pensão que não tem essa vocação. Uma pensão de €500 pode vincular-se integralmente ao mínimo de subsistência, absoluto, não sujeito a ponderação. Já uma pensão de € 5000 não se pode vincular apenas a esse mínimo. Portanto, tem de se distinguir o que garante o mínimo de subsistência e o que cai fora desse âmbito. O mínimo de subsistência tem de ser garantido contra qualquer medida legislativa, sendo inconstitucional a que nele interfira sem o salvaguardar, não havendo lugar a aplicação da proibição do excesso. O que cai fora do mínimo de subsistência é a coroa periférica do direito social à pensão de sobrevivência, cuja restrição, essa sim, pode ou não ser justificada consoante cumpra ou não o princípio da proibição do excesso.

Esperar-se-ia que a chamada jurisprudência da crise (2011-2014)<sup>138</sup> tivesse sido um momento proeminente de consolidação e de aperfeiçoamento da aplicação da proibição do excesso, uma vez que vários Acórdãos incidi-

---

137 Número 6, parte final.

138 V. a apreciação em Vitalino Canas, *O princípio da proibição...*, p. 242 ss.

ram sobre medidas de interferência em prestações sociais *já materializadas* em lei, com vista à prossecução de objetivos de consolidação orçamental e de contenção ou redução da dívida, fins sempre considerados legítimos pelo Tribunal<sup>139</sup>. Muitas vezes ele foi invocado por requerentes dos processos de fiscalização e manuseado pelo Tribunal. Todavia, a sucumbência de normas por violação da proibição do excesso foi residual. Ocorreu no Acórdão nº 187/2013, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da proporcionalidade, da norma do art. 117.º, n.º 1, da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (Orçamento de Estado), que sujeitava os beneficiários de prestações do sistema previdencial a uma contribuição de 5% sobre o montante dos subsídios concedidos por doença e de 6% sobre o montante de subsídios concedidos em caso de desemprego, o que consubstanciava uma redução das correlativas prestações sociais com vista a prosseguir fins de consolidação orçamental.

## 5.2 OMISSÕES DE CUMPRIMENTO DE VERTENTES POSITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

O Tribunal aplicou nominalmente o princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso nos Acórdãos nºs 263/2000, 302/2001 e 309/2001. Todavia, em nenhum deles se cuidava de evitar o *excesso* do legislador, antes se visando impedir que o cumprimento de deveres colidentes do legislador em relação a posições jurídicas subjetivas de realização parcialmente inconciliável se fizesse com defeito ou insuficiência<sup>140</sup>.

No caso do Acórdão nº 263/2000, incidente sobre normas do regime jurídico do arrendamento para habitação que resolviam a colisão entre o “direito à habitação, [...] direito de interesse coletivo ou social e cuja pros-

---

139 Rejeitando as políticas públicas de ajustamento fiscal como justificação para a interferência em direitos, Stephen Gardbaum, “Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s...”, p. 29.

140 Não se faz menção no texto ao Acórdão nº 47/2019 porque aí estava em apreciação uma interferência do legislador em direitos negativos *com vista a prosseguir um interesse público* que se reflete positivamente na efetivação de um ou vários direitos sociais, mas não tem o objeto *primário imediato* de atribuição ou definição de *prestações individuais* materializadoras do direito. O Tribunal julgou inconstitucional, por violação do segmento da proporcionalidade em sentido estrito do princípio da proibição do excesso, norma contraordenacional que penalizava a ausência de aviso de proibição de venda de tabaco a menores em local de venda. Estava em causa a colisão entre direitos negativos, *maxime* o direito de propriedade, e o bem, interesse ou valor *objetivo* da saúde, que o acórdão vê refletido em várias normas: proteção do bem jurídico saúde está constitucionalmente consagrada a vários títulos: o direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover – artigo 64.º; o direito dos consumidores à proteção da saúde – art. 60.º, n.º 1; o direito dos trabalhadores à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde – art. 59.º, n.º 1, alínea c), da Lei Fundamental (n.º 10).

A aplicação da proibição do excesso, por esse motivo, afigura-se correta, porque em termos imediatos há uma interferência em direitos de defesa para prosseguir interesses públicos (e não, em rigor, direitos sociais). Se assim não fosse, o parâmetro aplicável seria a proibição do defeito.

seção imposta ao Estado não deixa também de vincular os proprietários particulares” e o direito de propriedade dos senhorios<sup>141-142</sup>, o legislador tinha o dever positivo de proteção da vertente negativa do direito à habitação e o dever negativo de abstenção de interferência no direito de propriedade.

Do mesmo modo, no Acórdão nº 302/2001, também incidente sobre normas do regime jurídico do arrendamento, as normas apreciadas visavam compor uma colisão entre o dever do legislador de proteger a vertente negativa do direito à habitação, preservando a posição do locatário e o dever de se abster de intervir no direito de propriedade do senhorio. O *iter* metódico e argumentativo não é, todavia, linear, já que o Acórdão evita em grande medida o debate da colisão entre direitos fundamentais.

No Acórdão nº 309/2001, sobre regime de arrendamento aplicável às IPSS, as normas versavam a colisão de direitos sociais de diferentes classes de particulares. Do ponto de vista do relator, Artur Maurício, estariam em causa, do lado do senhorio, “dois tipos de direitos: o direito de habitação e o direito de fruição (económica) de um bem de que aquele é proprietário”, constitucionalmente inseridos no título dos direitos sociais e, do lado “oposto”, os direitos dos utentes ou beneficiários das IPSS, de igual modo inseridos nesse local.

### 5.3 CONCLUSÃO PARCIAL

Um olhar mais pormenorizado trará à superfície aparentes descontinuidades e involuções da jurisprudência constitucional<sup>143</sup>. Sem embargo, isso não oblitera tendências seguras, gradualmente consolidadas desde o início dos anos 2000. Exorcizado que está a modalidade absoluta da proibição do retrocesso, mas também o princípio da livre e irrestrita revisibilidade dos adquiridos sociais, o juiz constitucional parece dar como assente a justiciabilidade e a inderrogabilidade do conteúdo mínimo ou essencial dos direitos, do mínimo de subsistência ou do mínimo social (variantes de um mesmo *quid* normativo).

---

141 Número 4.1, idêntico, Acórdão nº 309/2001, nº 4.1.

142 Note-se que numa situação de certa forma inversa, quando estavam em causa regras do regime jurídico do arrendamento que possibilitavam a recuperação pelo senhorio do imóvel arrendado, para sua habitação própria, ou seja também uma colisão entre, por um lado, direitos à habitação (art. 65.º da Constituição) e de propriedade privada (art. 62.º, n.º 1) e, por outro, direito à habitação do locatário, o Tribunal não tinha aplicado o parâmetro da proporcionalidade ou qualquer outro mecanismo de ponderação e harmonização: cf. Acórdão nº 151/92, relatado por Messias Bento.

143 Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 648.

Além disso, ensaia com regularidade a aplicação do princípio da proporcionalidade, quer em situações de interferências em dimensões negativas de direitos sociais, quer em situações de efetivação de vertentes positivas desses direitos. Quanto a estas últimas, um registo relevante: o Tribunal Constitucional português, apesar de já ter usado mais que uma vez o princípio da proibição do defeito ou da insuficiência como parâmetro de averiguação da constitucionalidade de normas que incidem sobre colisões entre deveres de proteção de direitos de defesa e deveres de abstenção de interferência em (outros) direitos de defesa, ainda não deixou nenhum indício do reconhecimento da autonomia e da aplicação desse instrumento também na efetivação da vertente positiva de direitos sociais. Limita-se a convocar o *nomen* princípio da proporcionalidade e a procurar adaptar a sua estrutura e metódica a esferas que não são as suas, à semelhança, aliás, do que ocorre com quase todas as jurisdições constitucionais estrangeiras estudadas<sup>144</sup>.

## 6 AS ILAÇÕES: UM PROCESSO SUBSTANTIVO DEVIDO MEDIADO POR VÁRIOS INSTRUMENTOS PARAMÉTRICOS

### 6.1 A QUESTÃO: DOMÍNIO TOTAL OU IRRELEVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE?

No pico da crise da dívida soberana, Xenophon Contiades e Alkmene Fotiadou, representantes da corrente dos entusiastas das virtudes universais da proporcionalidade como instrumento central da dogmática dos direitos fundamentais, anunciaram que a era da proporcionalidade chegara aos direitos sociais<sup>145</sup>. Para o melhor e para o pior, a proporcionalidade constituiria agora uma prática global no controlo de infrações de direitos sociais<sup>146</sup>, porque “*discovering and applying all aspects of proportionality opens the way for the true protection of social rights*”<sup>147</sup>. Pouco depois, em contramão, Katharine Young arrefecia os ânimos e mostrava surpresa por a proporcionalidade estar tão ausente da litigação dos direitos económicos e sociais<sup>148</sup>; e Stephen Gardbaum, colocando a pergunta sobre se os direitos positivos

---

144 V. algumas explicações sobre os bloqueios de várias ordens em Laura Clérico, “Proportionality in Social Rights Adjudication...”, p. 26-7.

145 Logo o título é ilustrativo: “Social rights in the age of proportionality...”.

146 Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou, “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply...”, p. 741.

147 Idem, p. 36.

148 Katharine Young, “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”, p. 13.

(incluindo os sociais) são a nova fronteira da proporcionalidade ou uma ponte longínqua, inclina-se para a segunda resposta<sup>149</sup>.

Todavia, a realidade não se deixa circunscrever em sínteses tão apertadas. Por um lado, não se pode dizer que os instrumentos que se abrigam sob o conceito de proporcionalidade moderna dominam completa e imperialmente o processo substantivo devido de efetivação e interferência em direitos sociais, sendo crucial ter em conta que nem tudo o que apela à *racionalidade*, à *razoabilidade*, à *ponderação ou balancing*, se reconduz àquele conceito<sup>150</sup>. Mas, por outro lado, também não é exato falar da sua quase irrelevância ou ausência.

Superando o quadro analítico dos deveres de respeito, proteção e efetivação dos direitos, adotemos agora outro ângulo, o das colisões normativas em que podem estar envolvidos esses direitos (sob o ângulo de todas as posições deônticas do legislador perante eles e não apenas as obrigações e proibições)<sup>151</sup>. Colisões:

- (i) entre o dever de abstenção de interferência na vertente negativa de direito social diretamente decorrente da Constituição e a permissão de prosseguir interesses públicos constitucionalmente credenciados (dever de abstenção v. permissão);
- (ii) entre o dever de abstenção de interferência restritiva na vertente negativa de direito social resultante de efetivação legislativa e a permissão de prosseguir interesses públicos constitucionalmente credenciados (dever de abstenção v. permissão);
- (iii) entre os deveres de ação positiva de efetivação do direito social e a permissão de prosseguir interesses públicos constitucionalmente credenciados (dever de ação v. permissão);
- (iv) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e o dever de abstenção de interferência restritiva noutra direito social já materializado pela lei ou pela constituição (dever de ação v. dever de abstenção);

---

149 Stephen Gardbaum, "Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?", p. 34 ss.

150 Stephen Gardbaum, "Positive and Horizontal Rights: Proportionality's...", p. 3.

151 Cf. porém a posição muito mais limitativa quanto às colisões potenciais de direitos sociais de David Duarte, "Gains and Losses...", p. 58. As colisões normativas podem também ser traduzidas em colisões entre direitos e entre direitos e interesses ou bens coletivos: a síntese de Alexy, *A Theory...*, p. 341 ss., continua a ser um bom ponto de partida.

- (v) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e o dever de abstenção de interferência num direito de defesa (dever de ação v. dever de abstenção);
- (vi) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e o dever de ação positiva de efetivação de outro direito social (dever de ação v. dever de ação);
- (vii) entre o dever de ação para proteção da vertente negativa de direito social e o dever de abstenção de interferência em direito de defesa (dever de ação v. dever de abstenção);
- (viii) entre o dever de ação para proteção do direito de defesa e o dever de abstenção de interferência em vertente negativa de direito social (dever de ação v. dever de abstenção).

As alíneas (i), (ii) e (iii) refletem um aspecto que se reveste de especiais e intensas implicações no âmbito dos direitos sociais: a permissão geral de o legislador ponderar a reserva do possível e do sustentável e o interesse público da consolidação orçamental ou princípio da sustentabilidade das finanças públicas<sup>152</sup>.

## 6.2 INTERFERÊNCIAS RESTRITIVAS EM VERTENTES NEGATIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

Sobre as colisões de (i) e (ii), alíneas que correspondem à hipótese de *retrocesso social*, normalmente fundado em argumentos de reserva do sustentável e de excesso de esforço fiscal para os contribuintes, importa começar por registar a tendência unânime das jurisdições constitucionais para a nula recetividade de instrumentos superiormente intrusivos da liberdade de conformação do legislador, como o princípio da proibição do retrocesso social *de sentido absoluto*, mesmo nos casos em que a vertente passiva do direito social radica diretamente na constituição (como em (i)). Pode suceder que o juiz constitucional acene com versões extremas da proibição do retrocesso, mas se fique apenas por algo que não está longe da garantia do núcleo mínimo (como, numa interpretação possível, parece ser o caso do Brasil). Todavia, também parece adquirida a rejeição da possibilidade de o juiz constitucional transigir em todo e qualquer retrocesso que o legislador pretenda promover. Não vigora um princípio geral de incondicionada auto-

---

152 Este último com dimensão que excede, hoje em dia, a dimensão constitucional interna: Luís Pereira Coutinho, “Os direitos sociais como compromissos...”.

revisibilidade das opções legislativas<sup>153</sup>. O retrocesso está sujeito a limites: é admissível desde que justificado através da aplicação dos parâmetros pertinentes.

Ora, o que a visita ao *case law* constitucional de referência mostra é que a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso está a instalar-se paulatinamente como parâmetro aplicável às colisões de (i) e (ii)<sup>154-155</sup>. Numa pesquisa inevitavelmente limitada, encontramos exemplos na jurisprudência da África do Sul, da Alemanha, do Canadá e de Portugal<sup>156</sup>.

Onde se trilhavam caminhos divergentes é na resposta à questão de saber se o princípio da proibição do excesso reparte com outros parâmetros o âmbito de proteção da vertente negativa dos direitos sociais. Nesse aspeto, a principal “candidata” é a garantia do conteúdo mínimo do direito.

Na controvérsia entre Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou e David Bilchitz<sup>157</sup>, os primeiros autores mostram ceticismo em relação ao parâmetro do conteúdo mínimo como instrumento de adjudicação dos direitos sociais: em tempos de crise, o juiz atemoriza-se com a definição do núcleo mínimo, ao invés do que sucede com a aplicação da metódica da proporcionalidade: “*Defining a minimum core at a time of crisis does scare*

---

153 Assim, Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 78.

154 Como referido em nota anterior, o instrumento de harmonização e ponderação empregue também deve ser a proibição do excesso quando o legislador interfere em direitos negativos com vista a prosseguir um interesse público que se reflete positivamente na efetivação de um ou vários direitos sociais, mas não tem o objeto primário imediato de atribuição ou definição de *prestações individuais* materializadoras do direito. No caso de escola da limitação da publicidade a marcas de tabaco, como aquele que é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.311, no STF do Brasil, há interferências em direitos negativos, como a liberdade de expressão e comunicação, a livre iniciativa e outros, visando primordialmente salvaguardar a saúde pública como interesse público estruturante de uma ordem social objetiva e não a disponibilização de prestações individuais de saúde. Indissociavelmente, essas medidas legislativas também contribuem para a efetivação e materialização do direito *social* à saúde, mas isso não afeta em nada a aplicação da proibição do excesso como instrumento mediador da colisão.

Em Portugal, veja-se o caso, bastante próximo, julgado pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão nº 47/2019 em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190047.html>, apresentado na referida nota anterior.

155 E a aceitação de que as concretizações legais do direito social não se encontram em terreno constitucionalmente neutro, podendo o retrocesso legislativo ser inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso, implica a aceitação de todos os pressupostos de aplicação desse princípio, designadamente a necessidade de *haver um fim legítimo* justificador da interferência. Em sentido aparentemente diferente, todavia, Rui Medeiros, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...”, p. 681-2.

156 Katrougalos/Akoumianaki, “L’application du principe de proportionnalité...”, p. 1398 ss., apresentam exemplos jurisprudenciais coligidos em França, Letónia, Grécia e também no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que irão no mesmo sentido (embora, em alguns casos, isso não pareça satisfatoriamente demonstrado).

157 Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou, “Social rights in the age of proportionality...”, 2012; David Bilchitz, “Socio-economic rights...”, 2014; Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou, “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply to David Bilchitz”, 2014.

*the judiciary away, as opposed to following the steps of proportionality*<sup>158</sup>. É verdade que detetámos essa “fuga” na África do Sul. Todavia, além de não se ver por que razão o “temor” ocorreria apenas em tempos de crise, também não se vê por que razão teria de se *optar* por um ou outro dos parâmetros e muito menos se concede que o critério de escolha dos instrumentos de harmonização empregáveis seja o grau do “temor” pretoriano.

Nos ordenamentos jurídicos onde a garantia do conteúdo mínimo ou essencial do direito logra consagração constitucional autónoma, a questão tem resolução simples. No caso português, essa consagração está expressa no que toca aos direitos de defesa (art. 18.º, n.º 3), mas a inclinação dominante da doutrina<sup>159</sup> e da jurisprudência<sup>160</sup> constitucionais é para a considerar extensiva aos direitos sociais. Quando o dever de abstenção tenha por objeto magnitudes ou posições jurídicas subjetivas que, por intrinsecamente vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, integram o conteúdo mínimo ou essencial do direito social, trata-se de um *dever definitivo*, não passível de ponderação ou de cedências em relação a outros bens, interesses ou valores colidentes<sup>161</sup>. Nesses casos, vale simplesmente a garantia do conteúdo mínimo ou essencial do direito social. Pode dizer-se que este é um dos limites *deontológicos* à proporcionalidade em sentido moderno<sup>162</sup>.

Nessa irredutibilidade reside uma divergência com os autores que sustentam que o próprio núcleo mínimo do direito pode ser justificadamente incumprido pelo Estado se, contrapesados com outros bens, interesses ou valores, estes devam prevalecer. É o caso de Bilchitz<sup>163</sup>. É certo que o autor considera que nessas circunstâncias os interesses mais básicos dos indivíduos, aqueles que são cobertos pelo conteúdo mínimo, teriam “*a strong priority and weight in any proportionality inquiry*”<sup>164</sup>. Mas, apesar de comparecerem

---

158 Xenophon Contiades/Alkmene Fotiadou, “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply...”, p. 743.

159 José Joaquim Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 131; Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, p. 26; Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, p. 542; Miranda/Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, v. I, 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 394 ss.; Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado...*, p. 605 ss.

160 Assim, Acórdão nº 509/2002, acima analisado; mas o reconhecimento é bem anterior: José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 605.

161 Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, p. 961 ss.

162 Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, p. 495 ss., 1162.

163 Na linha de Robert Alexy, *A Theory...*, p. 343 ss. V. também Carlos Bernal, “Os direitos sociais em proporção”, p. 82; Aharon Barak, *Proportionality*, p. 496 ss.

164 David Bilchitz, “Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine”, p. 738: “*While there may be some circumstances in which such limitations could be justifiable, these will be very limited and the state*

perante o teste da proporcionalidade com forte prioridade e elevado peso, poderiam sair derrotados num juízo de proporcionalidade. Ora, não parece que o conteúdo mínimo possa ser objeto de contrapeso com outros bens, interesses e valores ou sujeito a uma operação de harmonização comandada pelo princípio da proporcionalidade. Quanto muito, vale uma reserva alinhada com a orientação do Comité sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, antes referida<sup>165</sup>: o Estado só pode ser ilibado do desrespeito do conteúdo mínimo do direito se provar que praticou todos os esforços possíveis e que só a absoluta falta de recursos materiais ou a ocorrência de *obstáculos de facto intransponíveis* (por exemplo, situação de guerra ou de conflito interno armado, falta de controlo do território nacional, calamidade pública) impediu a preservação, não uma escolha mediada por uma operação de *balancing*.

Por isso, as deliberações do sistema judicial sul-africano no sentido de serem atribuídas a Irene Grootboom e aos seus vizinhos, tendas, latrinas portáteis e fornecimento regular de água até terem acesso a uma solução habitacional duradoura, atribuíam prestações sociais mínimas *definitivas* e não *prima facie*, sendo conseqüentemente insuscetíveis de reversão com base em justificação proporcional, se alguma pudesse existir. A mãe sem-abrigo de Buenos Aires e o seu filho com graves deficiências, uma vez obtidas a habitação com condições mínimas e a assistência para a criança, não poderiam ver essas prestações mínimas restringidas pelo Estado, mesmo que pudesse ser invocada qualquer justificação coonestada pelo princípio da proporcionalidade<sup>166</sup>. O agente da PSP aposentado e sancionado depois da aposentação teria direito a um mínimo de pensão de aposentação, mesmo que houvesse razões ponderosas de política disciplinar que justificassem a sanção da suspensão integral daquela pensão.

Em suma, o princípio da proibição do excesso convive com a garantia do conteúdo mínimo do direito, cada qual com seu âmbito, função e método<sup>167</sup>.

---

*will bear a strong burden of justification in this regard which will affect the manner in which the necessity and balancing inquiries are evaluated”.*

165 Cf. CESCR General Comment nº 3: *The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant) Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990*, nº 10.

166 V. *infra* este caso, estudado por Laura Clérico, “Proportionality in Social Rights Adjudication...”, p. 35 ss.

167 Assim, também Katrougalos/Akoumianaki, “L’application du principe de proportionnalité...”, p. 1409. Descrevendo a situação – equivalente – no âmbito do PIDESC, Bantekas/Oette, *International Human Rights...*, p. 413 ss.

### 6.3 OMISSÕES DE CUMPRIMENTO DE VERTENTES POSITIVAS DE DIREITOS SOCIAIS

Distinguiremos entre as situações em que vigoram deveres positivos do Estado de *efetivação* de direitos sociais e aquelas em que o Estado está sujeito a deveres positivos de *proteção* da vertente negativa de direitos sociais.

#### 6.3.1 Omissões de efetivação de direitos sociais

Cabe agora analisar os instrumentos de controlo de eventuais omissões totais e parciais decorrentes de os deveres de ação positiva do Estado para efetivação de direitos sociais não serem cumpridos (alíneas (iii) a (vi)). A jurisprudência revisitada mostra que o recurso a testes que se abrigam sob o guarda-chuva da proporcionalidade em sentido moderno tem já expressão real na África do Sul, no Canadá e em Portugal, não obstante a circunstância de esse recurso ser feito sob o *nomen* proporcionalidade e sem qualquer esforço de autonomização em relação à proporcionalidade clássica ou proibição do excesso. No Brasil, a situação é, como vimos, mais complexa: o STF anuncia com frequência a aplicação do princípio da proibição da insuficiência, mas bem vistas as coisas este parece ser entendido com um sentido que não permite a autonomização em relação à garantia ou efetivação de conteúdos essenciais de direitos ou mínimos existenciais.

Todavia, não se pode afirmar que as dinâmicas jurisprudenciais mais representativas dos movimentos globais aceitem reconduzir tudo a *uma questão de aplicação da proporcionalidade* adaptada (ou não) ao cumprimento da vertente positiva dos direitos sociais. Mesmo em algumas das ordens jurídicas onde o teste da proporcionalidade foi incorporado também nesse domínio, este rivaliza ou é complementado por outros parâmetros não ponderativos, como a razoabilidade ou a garantia do conteúdo mínimo do direito.

E é manifestamente forçado procurar reconduzir tudo à argumentação proporcionalista. Não se adere ao exercício de Laura Clérico de *reinterpretar* uma linha argumentativa manifestamente filiada no *standard* do conteúdo mínimo, reconvertendo-a à linha discursiva da proporcionalidade, na vertente proibição do defeito ou da insuficiência<sup>168</sup>. É isso que ocorre com a releitura do caso apreciado pelo Supremo Tribunal Argentino, em 2012, relativo à situação da mãe e do seu filho com deficiências graves,

---

168. V. Laura Clérico, "Proportionality in Social Rights Adjudication...", p. 35 ss.

sem abrigo e com insuficiente resposta por parte das autoridades competentes. A descrição da situação parece revelar que se tratava de um caso de incumprimento do núcleo mais essencial dos direitos à habitação, à saúde e à proteção social. A omissão de cumprimento ou a insuficiência da atuação das autoridades era insuscetível de qualquer justificação e, portanto, insuscetível de ser avaliada no quadro da proporcionalidade moderna (na modalidade da proibição da insuficiência).

Quando existe uma jurisprudência relevante sobre a efetivação da vertente positiva dos direitos sociais – o que sucede mais acentuadamente nos países onde o cumprimento dessa vertente pelo legislador ainda está no topo da agenda social –, o juiz constitucional preocupa-se, de um modo geral, em assegurar as prestações mais básicas, mais prioritárias, mais irredutíveis, *manifestamente devidas*, mesmo quando o conceito de núcleo essencial do direito social não é explicitamente convocado ou quando são usadas em epígrafe outras figuras mais poderosas, como a proibição da insuficiência ou até quando é expressamente preterido a favor de outros testes, como a razoabilidade sul-africana.

Por isso, não se pode subscrever a posição de Contiades e Fotiadou<sup>169</sup> quando (i) atribuem à proporcionalidade a função de instrumento de fixação do conteúdo do direito, incluindo o conteúdo mínimo<sup>170</sup> e (ii) conferem à proporcionalidade um papel de mediador de diálogo negocial entre legislador e juiz sobre o conteúdo do direito<sup>171</sup>.

Isso deve-se a que apesar de todo o progresso registado na aceitação da carga normativa dos direitos sociais, na sua justicialização e aproximação aos direitos de defesa, não pode superar-se integralmente uma perspetiva assimétrica que leva a que os mecanismos da sua efetivação sejam usados com mais prudência, *self-restraint* e deferência para com o legisla-

---

169 “*Social rights in the age of proportionality...*”

170 “*Social rights in the age of proportionality...*”. A proporcionalidade, para além de um aspeto defensivo, tipicamente relevante como limite dos limites de direitos negativos, assumiria também um rosto criativo, como “*tool for forming the content of the right. This is of particular importance for determining the content of social rights, a task which requires a balancing of various interests – a balancing that can be done only through the use of proportionality*”.

171 “*The content of the right may be open ended and subject to changes and negotiations, nevertheless it must be delineated in accordance to the requirements of proportionality. The Court opens up a dialogue with the lawmaker spelling out the prerequisites of an intervention with rights that would meet the constitutionality requirements*”. A imposição de que o princípio da proporcionalidade é um instrumento mediador de uma negociação entre legislador e juiz constitucional não é aceitável no contexto do Estado de Direito e da separação de poderes. Tal como também não é defensável que possa ser entendido como um instrumento que, de forma quase mágica, aplicado que seja, faz germinar o conteúdo do direito social.

dor, sustentados no reconhecimento de que os verdadeiros sujeitos passivos dos direitos sociais não são o Estado e os seus órgãos, mas os contribuintes em geral<sup>172</sup>. Qualquer avanço na efetivação de direitos sociais implica inevitavelmente uma acentuação da interferência na esfera patrimonial dos contribuintes.

Acresce que persiste uma insuficiente especificação analítica das situações de colisões que envolvem direitos sociais, a qual deve tomar em consideração *todas as posições deônticas do Estado e não apenas algumas*, bem como imperfeito domínio da estrutura e metódica dos variados instrumentos de harmonização e ponderação, particularmente os de desenvolvimento mais recente, como a proibição do defeito ou da insuficiência. Estes não são apenas problemas da jurisprudência, mas também da doutrina. Não existe suficiente consenso doutrinal sobre questões tão básicas quanto a estrutura, a metódica aplicativa ou a amplitude dos poderes de controlo do juiz constitucional. É isso que explica que mesmo que se registem amplas convergências sobre os pilares centrais de uma teoria do processo substantivo devido na superação de colisões que envolvem direitos sociais, permanença significativo dissenso quanto à estrutura (e, conseqüentemente, quanto à metódica aplicativa) da proibição do defeito ou da insuficiência, inclusive sobre questões cruciais como a de estabelecer se se trata de um parâmetro ponderativo (como entendemos) ou não<sup>173</sup>.

Considere-se, por exemplo, a proposta de Jorge Reis Novais de segmentação da proibição do defeito em (i) garantia de realização de um mínimo e (ii) razoabilidade<sup>174</sup>.

Quanto à conceção da garantia da realização de um mínimo como componente da proibição do defeito e distinta da garantia do núcleo essencial do direito (embora, aparentemente, para o autor este integre aquele<sup>175</sup>), ela enfrenta várias objeções. Primeiro, não se vislumbra base jusconstitucio-

---

172 José Joaquim Gomes Canotilho, "Metodología 'fuzzy'...", p. 102.

173 Cf., por todos, a orientação negativa em Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 581 ss., partindo do postulado de que nos casos de omissões, ao contrário dos casos de restrição de vertentes negativas de direitos, não está em causa uma única medida omissiva. A multiplicidade de casos do Brasil, África do Sul, Canadá e Portugal analisados anteriormente, onde se ajuizaram omissões de medidas ou decisões, concretas, precisas e determinadas de cumprimentos de direitos sociais, com efeitos e incidências inequívocos, parece contrariar aquela visão.

174 *Direitos sociais...*, p. 307; *Princípios estruturantes...*, p. 212 ss. As observações seguintes podem ser dirigidas *mutatis mutandis* à construção de Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 586 ss., não obstante a alteração de "arrumação" preconizada pelo autor (designadamente, a substituição do princípio da realização do mínimo pelo princípio da dignidade da pessoa humana).

175 *Princípios estruturantes...*, p. 213: a questão não resulta inteiramente clara.

nal ou jusinternacional que a sustente. Segundo, a distinção entre conteúdo essencial, garantia de realização de um mínimo e coroa exterior do direito e a respetiva fronteirização, complica em vez de simplificar a já de si complexa tarefa de distinguir entre as dimensões do direito social que podem ser *justificadamente* incumpridas pelo legislador e as que não podem. Terceiro, não tem utilidade, pois não se vê nenhuma razão para se ir mais longe do que a distinção entre (i) dimensões do direito que, por corresponderem ao seu núcleo essencial ou mínimo, são *categóricas*, têm de ser sempre respeitadas (por omissão) e promovidas (por ação)<sup>176</sup> e (ii) as dimensões do direito, integrantes da orla periférica ou *prima facie*, que competem com outros bens, interesses ou valores, sendo, no caso dos direitos sociais, sujeitos a um parâmetro ponderativo – de perfil menos intrusivo na liberdade de conformação do legislador que a proibição do excesso<sup>177</sup> – designado de proibição do defeito.

Quanto à razoabilidade – que o autor incorpora na proibição do defeito em simetria com o que propõe para a proibição do excesso<sup>178</sup> –, visaria avaliar a situação objetiva em que a omissão de prestação deixa os titulares do direito, considerando-se que há uma situação desrazoável quando a omissão estatal deixa particulares afetados numa situação pessoal intolerável à luz dos padrões de um Estado de Direito social<sup>179</sup>.

A forma como o teste da razoabilidade é enunciado inculca que não se está a falar de algo similar: à *ragionevolezza italiana*; à razoabilidade a que alude o art. 1.º da Carta Canadiana de Direitos e Liberdades; ao *standard* da *reasonableness* que na África do Sul foi estruturado em *Grootboom*<sup>180</sup>; à

---

176 Admitindo-se que não pode ser definido com caráter abstrato e para todas e quaisquer circunstâncias e aceitando-se até que não é delimitável em certos direitos (Christopher Mbazira, *Litigating socio-economic rights in South Africa...*, p. 68; Maria José Añón Roig, “Hay limites a la regresividad...”, p. 69; Vitalino Canas, *O princípio da proibição...*, p. 1018).

177 Quanto a isso não registamos divergência com Jorge Reis Novais: cf. *Princípios estruturantes...*, p. 214 e o nosso *O princípio da proibição do excesso...*, p. 1030 ss.

178 *Direitos sociais...*, p. 220 ss.; *Princípios estruturantes...*, p. 128 ss.

179 *Princípios estruturantes...*, p. 215.

180 Diferente, Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 220; também Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 609. Mas o teste da razoabilidade sul africano atende a mais fatores – alguns estritamente objetivos – do que o eventual *impacto* num sector específico de putativos beneficiários (ou de afetados): tem em conta o *procedimento* de conceção, planeamento, preparação e implementação das políticas e das medidas, os *setores* do Estado envolvidos nas várias fases, os *indicadores* usados, o *conteúdo*, *sentido* e *extensão*, os *objetivos* ou *metas*, os *prazos* de execução, a *monitorização* dessa execução, a *alocação* de recursos e muitas outras variáveis. Por isso, a política pode não ter impacto assinalável sobre qualquer um grupo de interessados e ser, mesmo assim, *desrazoável*: por exemplo, se um certo nível da Administração Pública tiver ficado de fora da sua preparação e/ou a implementação ou os mecanismos de monitorização forem inadequados. A razoabilidade sul-africana tem um foco *macro*. A razoabilidade de Jorge Reis Novais tem um foco *micro*. Acresce ainda que, como o próprio autor assinala criticamente, *Direitos sociais...*, p. 222-3, o teste sul

*reasonableness* do *Wednesbury test* do Direito Administrativo britânico; à *reasonableness* que nuns casos é similar à proporcionalidade noutros não<sup>181</sup>; à *reasonableness* que consta no art. 8.º, n.º 4, do Protocolo Facultativo ao PIDESC como *standard* de escrutínio do cumprimento de direitos sociais; à razoabilidade muitas vezes usada na doutrina e na jurisprudência brasileiras como sinónimo (mas também como coisa diferente) da proporcionalidade; ou ainda à razoabilidade que o legislador português inscreveu no art. 8.º do Código do Procedimento Administrativo. Em todos esses casos (e noutros que poderiam ingressar na lista<sup>182</sup>), a aplicação do *standard* atende a outros ou a mais fatores do que o impacto de uma omissão na esfera subjetiva de indivíduos determinados ou determináveis. O conceito de razoabilidade – completamente ausente da Constituição portuguesa, em qualquer sentido que seja – é, portanto, um conceito errante (talvez até errático), um camaleão normativo disponível para assumir dispares conteúdos e significados.

Mas esse modo de enunciar gera outra dúvida: qual é realmente a fronteira entre a garantia de um mínimo e a razoabilidade? Não é verdade que a circunstância de alguém ser deixado numa situação intolerável à luz dos padrões do Estado de Direito social é ilegítima à luz da garantia do mínimo (ou da dignidade da pessoa humana ou do núcleo essencial do direito)? Por que teremos, então, de ir chamar a proibição de desrazoabilidade?

A convicção com que se fica é que esse princípio se limita a cobrir terrenos que já são cobertos pela núcleo essencial ou mínimo do direito, deixando a descoberto outros. Quais? Aqueles em que, mesmo sem haver uma situação de intolerável impacto subjetivo de uma omissão, se verifica que a importância dos efeitos jurídicos e materiais negativos resultantes da integral não satisfação do direito social (nas omissões totais, relevantes apenas se não se puder determinar um conteúdo mínimo do direito) ou da parcial não satisfação do direito (nas omissões parciais) é superior à importância dos efeitos positivos obtidos para os bens, interesses ou valores colidentes, situação em que essa omissão é inconstitucional por violação do princípio da proibição do défice. Ou, agora apenas nos casos de omissões parciais, quando se verifica que a aplicação do segmento de eficiência exigível permite concluir que havia medidas alternativas mais eficientes para o

---

africano da razoabilidade não parte do reconhecimento de *direitos subjetivos* decorrentes dos direitos sociais, designadamente de direitos subjetivos a *prestações mínimas*.

181 Barak, *Proportionality...*, p. 378.

182 V., por exemplo, Jorge Silva Sampaio, *O controlo...*, p. 601 ss.

cumprimento do direito social e igualmente eficientes no cumprimento do dever colidente<sup>183</sup>.

### 6.3.2 Omissões de proteção de direitos sociais

As alíneas (vii) e (viii)<sup>184</sup> resumem colisões em que o legislador e outras autoridades têm deveres de *proteção* das vertentes negativas dos direitos (sociais ou de defesa) perante eventuais interferências de terceiros estribados em direitos (de defesa ou sociais) próprios. Anteriormente pudemos verificar que o Tribunal Constitucional português aplicou o princípio da proporcionalidade clássica ou da proibição do excesso nos Acórdãos nºs 263/2000, 302/2001 e 309/2001. Os dois primeiros acórdãos incidiam sobre colisões do tipo (vii). O terceiro sobre uma colisão do tipo (viii). Em nenhum deles se cuidava de impedir o *excesso* do legislador, antes se visando evitar que o cumprimento de deveres colidentes do legislador em relação a posições jurídicas subjetivas de realização parcialmente inconciliável se fizesse com defeito ou insuficiência. Por isso, o instrumento de harmonização e ponderação adequado é a proibição do défice ou da insuficiência, valendo, *mutatis mutandis*, as considerações da seção anterior.

## CONCLUSÃO GERAL

Inicialmente enunciámos duas atitudes alternativas extremas: (i) aplicação do mesmo instrumento de harmonização ou de controlo da harmonização a *todos os tipos de colisão* em que estejam envolvidos direitos sociais; ou (ii) aplicação de um instrumento próprio de harmonização ou de controlo da harmonização, variável de jurisdição para jurisdição, a *cada colisão ou categoria de colisões*.

As ilações que extraímos da investigação que antecede são as seguintes: (i) nenhuma delas é acompanhada pela maioria da doutrina ou pela jurisprudência constitucional; (ii) nenhuma delas é teórica e dogmaticamente correta.

Comprovadamente, é possível detetar padrões de devido processo substantivo universalmente reconhecíveis<sup>185</sup>, mesmo que padeçam de inde-

---

183 Cf. mais desenvolvidamente, sobre a estrutura da proibição do defeito, Vitalino Canas, *O Princípio da Proibição...*, p. 1017 ss.

184 *Supra*, 6.1.

185 Assim David Bilchitz, "Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine", *J•CON*, v. 12, n. 3 (2014), p. 732, referindo-se especificamente ao padrão do conteúdo mínimo.

terminações e inconsistências e a sua estrutura, metódica aplicativa, graus de exigência e limiares envolvam ajustamentos às circunstâncias socioeconómicas da cada geografia. A segunda alternativa nem é comprovada pela prática das jurisdições constitucionais, nem é recomendável do ponto de vista teórico e dogmático. Mas também não o é a primeira alternativa: a circunstância de os tipos de colisões normativas serem variáveis e de os direitos terem “zonas” diferenciadas de proteção obriga a que haja mais do que um instrumento de mediação daquelas colisões. Não pode, por conseguinte, falar-se de uma uniformização total<sup>186</sup>.

Como desenvolvemos noutro local<sup>187</sup>, a cada uma das colisões que envolvam direitos sociais aplica-se um dos três seguintes instrumentos de harmonização ou de controlo de harmonização: a) *garantia do conteúdo mínimo ou essencial*; b) *proibição do excesso*; c) *proibição do defeito*.

A tendência geral das jurisdições constitucionais parece ser para se refugiar no parâmetro conteúdo mínimo ou essencial do direito social ou sucedâneo, como o mínimo existencial<sup>188</sup>. Encontramos essa tendência no Brasil, em Portugal, na Alemanha. Talvez mesmo na África do Sul o teste da razoabilidade funcione, afinal, como veículo para assegurar também esse limiar mínimo, embora não seja a sua única intenção. A explicação pode ser um *excepcionalismo de dignidade humana*<sup>189</sup>. O juiz constitucional sente-se moralmente inibido de levar condições de existência condigna à balança da ponderação.

Todavia, há magnitudes ou posições jurídicas subjetivas apenas *prima facie*, não integrantes do conteúdo mínimo ou essencial do direito social. Em relação a essas, impendem sobre o Estado deveres de praticar atos de efetivação do direito social em termos que idealmente correspondam ao atingimento de indicadores próximos do *padrão médio* da sociedade<sup>190</sup>

---

186 Nesse sentido, Katharine Young, “Constituting Economic and Social Rights”, p. 31.

187 Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, maxime p. 558-8, 961 ss., 983 ss., especialmente 985 ss., 1057.

188 Diferentemente, Stephen Gardbaum, “Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s...”, p. 28.

189 Stephen Gardbaum, “Positive and Horizontal Rights: Proportionality’s...”, p. 3, 31 ss.

190 A enunciação do limiar *máximo* idealmente coberto varia de autor para autor, de acordo com posições de princípio sobre a maior ou menor amplitude a ser atribuída ao âmbito dos direitos: tal como nos direitos de defesa, também a propósito dos direitos sociais há teses do *âmbito alargado* e teses *limitativas* do âmbito do direito. V. a discussão em Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, p. 467 ss. Uma conceção de âmbito alargado é, por exemplo, avançada por David Duarte, “Gains and Losses...”, p. 55. Mas a adesão a conceções alargadas do âmbito dos direitos sociais (que se traduzem em direitos *prima facie* ao impossível: uma conceção alargada do direito à habitação admitiria, por exemplo, o direito *prima facie* de todos os portugueses a um apartamento em Victoria Peak, Hong Kong...) parece ainda mais desaconselhável que

ou de se abster de restringir essa efetivação quando já alcançada. O Estado de Direito não pode prescindir do juiz constitucional também nesse quadro. Aos eventuais atos restritivos ou omissões aplicam-se, respetivamente, os princípios da proibição do excesso e da proibição do defeito (ou da insuficiência)<sup>191</sup>.

Importa salientar que estes dois instrumentos, embora se possam abrigar sob a proporcionalidade moderna (expressão que se contrapõe à proporcionalidade clássica, coincidente com a proibição do excesso), são distintos e autónomos, com estrutura e metódica aplicativa distintas<sup>192</sup>, justificando, por isso, vocábulos diferenciadores. Um dos problemas da literatura em língua inglesa – inexistente noutras línguas, como o alemão, o português ou o espanhol – é que mesmo aquela que adere à aplicação de um instrumento de harmonização e ponderação aparentado com a proporcionalidade clássica ou proibição do excesso a colisões em que estão em causa deveres positivos do Estado ainda não encontrou uma tradução para proibição do defeito ou da insuficiência, continuando a usar, para todas as circunstâncias e colisões, a expressão proporcionalidade ou princípio da proporcionalidade<sup>193</sup>.

Em síntese, na colisão:

- (i) entre o dever de abstenção de interferência na vertente negativa de direito social diretamente decorrente da Constituição e a permissão de prosseguir interesses públicos constitucionalmente credenciados (*dever de abstenção v. permissão de ação positiva*), *proibição do excesso*;
- (ii) entre o dever de abstenção de interferência restritiva na vertente negativa de direito social resultante de efetivação legislativa e a

---

nos direitos de defesa e a tendência é para introduzir elementos limitativos. Dois exemplos, diferentes do texto: David Bilchitz, “Socio-economic rights, economic crisis...”, p. 730, “the second “sufficiency” threshold concerns achieving the general necessary conditions to be in a position to *realize one’s purposes or to live a life of dignity*”; Carlos Bernal, “Os Direitos Sociais em Proporção”, p. 82, “um nível de desfrute de bens e serviços que, nas condições económicas de cada sociedade, é apropriado para que os indivíduos tenham uma *existência digna como cidadãos livres e iguais*” (itálico aditado).

191 Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, maxime p. 558-8, 983 ss., especialmente 985 ss., 1057.

192 Diferente, David Duarte, “Gains and Losses...”, p. 64 ss.

193 Pela sua representatividade, v. Aharon Barak, *Proportionality...*, p. 429 ss. Mesmo autores cujo idioma original não é o inglês, caem na inevitabilidade do uso do *nomen proportionality* quando se expressam em inglês: v. David Duarte, “Gains and Losses...”, p. 64 ss. (mas sem incoerência significativa, uma vez que entende que a proporcionalidade funciona para os direitos sociais mais ou menos do mesmo modo que para os direitos de liberdade); Laura Clérico, “Proportionality in Social Rights...”, p. 32 ss.

permissão de prosseguir interesses públicos constitucionalmente credenciados (*dever de abstenção v. permissão de ação positiva*), *proibição do excesso*;

- (iii) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e a permissão de prosseguir interesses públicos constitucionalmente credenciados (*dever de ação v. permissão de ação positiva*), *proibição do defeito*;
- (iv) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e o dever de abstenção de interferência restritiva noutro direito social já materializado pela constituição ou pela lei (*dever de ação v. dever de abstenção*), *proibição do defeito*;
- (v) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e o dever de abstenção de interferência num direito de defesa (*dever de ação v. dever de abstenção*), *proibição do defeito*;
- (vi) entre o dever de ação positiva de efetivação do direito social e o dever de ação positiva de efetivação de outro direito social (*dever de ação v. dever de ação*), *proibição do defeito*;
- (vii) entre o dever de ação para proteção da vertente negativa de direito social e o dever de abstenção de interferência em direito de defesa (*dever de ação v. dever de abstenção*), *proibição do defeito*;
- (viii) entre o dever de ação para proteção da vertente negativa do direito de defesa e o dever de abstenção de interferência em vertente negativa de direito social (*dever de ação v. dever de abstenção*), *proibição do defeito*.

A proibição do defeito ou da insuficiência desdobra-se em duas modalidades, a paritária e a não paritária. A primeira, proibição do defeito paritária, é aplicável às situações em que os deveres colidentes têm o mesmo peso abstrato *prima facie* (os casos de iv, v, vi, vii e viii<sup>194</sup>); a segunda, proi-

---

194 É claro que a superação da colisão enunciada no ponto (v) e, em alguma medida, também as dos pontos (vii) e (viii), convoca incontornavelmente todo um debate teórico e filosófico-político sobre a relação material e axiológica entre direitos sociais e direitos de defesa, que não podemos travar aqui, embora deixemos indicação de inclinação a favor da equivalência de pesos abstratos *prima facie*. Mas a proposta de um instrumento que proporciona a estrutura *formal* de intermediação dessas colisões – a proibição do defeito – não tem de ter implícito um específico discurso *substantivo* sobre a relação entre direitos sociais e direitos de defesa. Designadamente, não transporta nenhuma posição sobre uma eventual superioridade *axiológica* ou *normativa* dos direitos de defesa (“direitos de liberdade”, “direitos de primeira geração”) sobre os direitos sociais (“direitos

bição do defeito não paritária, aplicável às situações de colisão de deveres de ação e permissões, onde pode não se verificar a situação de equiparação de pesos abstratos *prima facie* (caso de iii)<sup>195</sup>.

Em tese, não excluimos que possam ser configuradas situações a que se aplique o que designamos de proporcionalidade equitativa<sup>196</sup>, designadamente quando haja colisões de deveres cruzados de ação e de abstenção decorrentes de diferentes direitos, entre os quais direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXANDRINO, J. de M. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. I – Raízes e contexto; II – A construção dogmática). Coimbra: Almedina, 2 v., 2006.

ALEXANDRINO, J. de M. *A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional*, 2010. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/793-1198.pdf>.

ALEXANDRINO, J. de M. *Direitos fundamentais*. Introdução geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2011.

ALEXANDRINO, J. de M. *Lições de direito constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, v. II, 2016.

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Nomos: Baden-Baden, 1985. (A *Theory of Constitutional Rights*. Tradução: Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.)

ALEXY, R. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 119-135.

ANDRADE NETO, J. *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil*. Springer, 2018.

---

de segunda geração”), como a defendida por José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 611 (“*multidimensional primado jurídico-constitucional dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos económicos, sociais e culturais*”) ou, ao invés, sobre a sua equiparação normativa e axiológica. Para mais indicações, entre muitos, Josué Mastrodi, “Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais”, *Revista Direito GV*, São Paulo, 10, 2 (jul./dez. 2014), pp. 577-596; Rui Medeiros, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...”, p. 682.

195 Sobre isso, Vitalino Canas, *O princípio da proibição do excesso...*, p. 990 ss.

196 Idem, p. 1057 ss.

- BALTAZAR JÚNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência (“*Untermaßverbot*”). In: HECK, L. A. (org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.
- BANTEKAS, I.; OETTE, L. *International Human Rights. Law and Practice*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- BARAK, A. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R. L. (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11 ss.
- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.
- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERNAL, C. Os direitos sociais em proporção. *RBDC*, n. 23, p. 73/87, 2015.
- BERNAL, C. The constitutional adjudication of positive social and economic rights by means of the proportionality analysis. In: BOROWSKI, M.; PAULSON, S. L.; SIECKMANN, J.-R. (ed.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*: Robert Alexys System. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 497-521.
- BIEBACK, K. -J. *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1997.
- BILCHITZ, D. *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- BILCHITZ, D. Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine. *I•CON*, v. 12, n. 3, p. 710-739, 2014.
- BOTELHO, C. S. *Os direitos sociais em tempos de crise – Ou visitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.
- BOTELHO, C. S. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? *Revista da Ordem dos Advogados*, I-II, p. 259-294, 2015.

BRANCO, P. G. G. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites*. Tese de Doutorado, Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

BÜHRING, M. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BÜHRING, M. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015.

CANAS, V. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, J. J. G. ¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. *REDC*, v. 15, n. 43, p. 9-23, 1995.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 97-114.

CHANDRACHUD, C. Proportionality, Judicial Reasoning and the Indian Supreme Court. *Anti-Discrimination Law Review*, 1, p. 87-105, 2017. Disponível em: [http://www.czasopisma.wolterskluwer.pl/images/pdf/ADLRew\\_2017\\_01\\_Chandrachud-Proportionality\\_Judicial\\_Reasoning\\_and\\_the\\_India.pdf](http://www.czasopisma.wolterskluwer.pl/images/pdf/ADLRew_2017_01_Chandrachud-Proportionality_Judicial_Reasoning_and_the_India.pdf).

CLÉRICO, L. Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable. In: DUARTE, D.; SAMPAIO, J. S. (ed.). *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*, Springer, 2018. p. 25-48.

COGOY, D. M. A fragilidade do princípio da proibição do retrocesso social em face do ajuste fiscal. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 161, ano XX, jun. 2017. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-fragilidade-do-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-em-face-do-ajuste-fiscal/#\\_ftnref12](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-fragilidade-do-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-em-face-do-ajuste-fiscal/#_ftnref12).

CONIADES, X.; FOTIADOU, A. Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation. *International Journal of Constitutional Law (I•CON)*, v. 10, n. 3, p. 660-668, 2012.

CONIADES, X.; FOTIADOU, A. Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine: A reply to David Bilchitz. *I•CON*, v. 12, n. 3, p. 740-746, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mou045>.

CONTO, M. *O princípio da proibição do retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORDEIRO, K. da S. *Direitos fundamentais sociais*. Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- CORREIA, F. A. A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 35-43, 2010.
- COSTA, A. A. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. Disponível em: file:///C:/Users/vc/Downloads/controle.pdf.
- COSTA, A. A. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF*. Brasília: Thesaurus, 2008.
- COSTA, A. A. *O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX*, [s.d.], Disponível em: file:///C:/Users/vc/Downloads/o-principio-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-do-stf---o-seculo-xx%20(1).pdf.
- COUTINHO, L. P. Os direitos sociais e a crise: algumas notas. *Direito e Política*, n. 1, p. 74-81, 2012.
- COUTINHO, L. P. Os direitos sociais como compromissos. *E-Pública, Revista Eletrônica de Direito Público*, n. 3, p. 86-98, dez. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2183-184X201400030000](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X201400030000).
- DUARTE, D. Gains and Losses in Balancing Social Rights. In: DUARTE, D.; SAMPAIO, J. S. (ed.). *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*. Springer, 2018. p. 49-69.
- FELDENS, L. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAZ, O. L. M. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2011.
- FILETI, N. A. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio de retrocesso social*. São José: Conceito Editorial, 2009.
- FLACH, M. *As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*. Tese. FDPUCRS, Porto Alegre, 2009.
- FORTES, M. da J. *Desconstruindo o princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro: a proteção dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2016. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31835/1/ulfd133662\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31835/1/ulfd133662_tese.pdf).
- FRANCO, A. M. S. Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal. In: COURTIS, Christian (org.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 361-386.
- FREITAS, T. F. de. O princípio da proibição do retrocesso social. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 783-850.

- GARDBAUM, S. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? In: JACKSON, V.; TUSHNET, M. (ed.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017; UCLA School of Law Research Paper, n. 16-04. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2726794>.
- GROTERHORST, R. *Direitos sociais e proporcionalidade*. Análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
- KATROUGALOS, G.; AKOUMIANAKI, D. L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux. *RDP*, n. 5, p. 1381-1404, 2012.
- KING, J. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- KING, J. Social Rights, Constitutionalism, and the German Social State Principle. *E-publica*, v. 1, n. 3, 2014. Disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v1n3a03.html>.
- KLATT, M. Positive Rights: who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*, v. 13, 2, p. 354-382, abr. 2015.
- LEIVAS, P. G. C. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In: HECK, L. A. (org.). *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação*: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.
- LIEBENBERG, S. South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty. *Law, Democracy & Development*, v. 6, n. 2, p. 159-191, jan. 2002.
- LIEBENBERG, S. *Socio-Economic Rights*. Adjudication under a Transformative Constitution. Claremont: Juta, 2010.
- MARTINS, P. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, E. (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 379-424.
- MBAZIRA, C. *Litigating socio-economic rights in South Africa*: A choice between corrective and distributive justice. Pretoria University Law Press, 2009.
- MEDEIROS, R. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*. Coimbra: Coimbra, v. I, 2010. p. 657-683.
- MENDES, A. C. da S. *O STF e a proibição de insuficiência, a proporcionalidade na litigância de direitos sociais*. Escola de Formação, SBDP, 2018. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/03/AndreCaixetaProibicaoInsuficiencia.pdf>.
- MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, ago. 2001.

Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO2001-GILMAR-MENDES.pdf).

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, J. V. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, p. 205-236, 2003.

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

MORAIS, C. B. de. Direitos sociais e controlo da constitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, v. III, 2012. p. 579-613.

MORAIS, C. B. de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista. *RDCI*, ano 20, 78, p. 153-210, jan./mar. 2012.

MORAIS, C. B. de. De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”. *e-Pública*, v. I, n. 3, p. 59-85, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a05.pdf>.

MOREIRA, I. *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2007.

NETTO, M. C. *O princípio da proibição do retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUMANN, V. Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot. *NSZ*, caderno 9, p. 401-411, 1998.

NOVAIS, J. R. *Direitos sociais, teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOVAIS, J. R. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.

NOVAIS, J. R. *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, F. Controlo da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de protecção. Tese (Doutorado). Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

PILLAY, A. Economic and Social Rights Adjudication: Developing Principles of Judicial Restraint in South African and the United Kingdom. *Public Law*, p. 606-624, 2013.

PILLAY, A. Revisiting the Indian experience of economic and social rights adjudication : the need for a principled approach to judicial activism and restraint. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, 2, p. 385-408, 2014.

PISARELLO, G. Derechos sociales y principio de no-regresividad: algunas notas a propósito del caso español. In: COURTIS, C. (org.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 307-329.

PLOSZKA, A. The right to subsistence minimum and its role in the protection of people living in extreme poverty – The polish experience. *Comparative Law Review*, v. 24, p. 225-248, esp. 231, 2018. Disponível em: <https://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/CLR/article/view/CLR.2018.009/16887>.

QUEIROZ, C. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. Lisboa: Petrony, 2020 (1. ed. Coimbra: Coimbra, 2006).

QUEIROZ, C. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, C. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

RODRIGUES, L. F. M. A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? *Escola de Formação, SBDP*, 2009. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/158\\_MLF.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/158_MLF.pdf).

ROIG, M. J. A. Hay limites a la regressividad de derechos sociales? *Derechos y Libertades*, v. 34, p. 67-90, jan. 2016.

SAMPAIO, J. S. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2015.

SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 32, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>.

SARLET, I. W. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre a proibição do excesso e de insuficiência. *BFDUC*, v. 81, p. 325-386, 2005.

SARLET, I. W. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*,

v. 75, n. 3, p. 117, jul./set. 2009. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007\\_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y).

SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SILVA, J. P. da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, J. P. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, V. P. da. “Todos diferentes, todos iguais”. Breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 5, n. 16, p. 23-51, 2011.

SILVA, F. C. da; VIEIRA, M. B. *O momento constituinte – Os direitos sociais na Constituição*. Coimbra: Almedina, 2010.

SOARES, D. *Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Del Rey, 2011.

SOUSA, L. V. de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXXIII, p. 747-803, 2007.

STACAY, R. The Magnetism of Moral Reasoning and the Principle of Proportionality in Comparative Constitutional Adjudication. *American Journal of Comparative Law*, v. 67, p. 435, 2019.

STACAY, R. Proportionality Analyses by the South African Constitutional Court. In: KREMNITZER, M.; STEINER, T.; LANG, A. (ed.). *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the judicial practice*. New York: CUP, 2020. p. 193-284.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LXXX, 2004. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/esm/images/arquivos/penal/bemjuridicoconstituiaolnliolustreck.pdf>.

TORRES, R. L. *O mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2008.

TORRES, R. L. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, v. 1, n. 1, p. 147-173, mar./ago. 2012.

TUSHNET, M. Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues. *E-publica*, v. 1, n. 3, 2014. Disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v1n3a02.html>.

WINKLER, I. T.; MAHLER, C. Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence? *Human Rights Law Review*, v. 13, n. 2, p. 388-401, 2013.

YOUNG, K. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

YOUNG, K. Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights. In: JACKSON, V. C.; TUSHNET, M. (ed.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge University Press, 2017. p. 248-272. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=lsfp>.

**Sobre o autor:**

**Vitalino Canas** | E-mail: [vc@vitalinocanas.pt](mailto:vc@vitalinocanas.pt)

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, FDUL. Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, FDUL (1986). Licenciatura em Direito, FDUL (1983). Professor do Curso de Direito da Universidade de Macau. Coordenador Professor da Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique.

Artigo convidado.