



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Paulo Henrique Lorenzetti da Silva

**Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade Direito Constitucional**

Orientado pelo Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez

Lisboa

2025

A PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Paulo Henrique Lorenzetti da Silva

Dissertação de Mestrado apresentada
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Mestre em Direito e Ciência
Jurídica.

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade Direito Constitucional

Orientado pelo Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez

Lisboa

2025

Senhor(a) Professor(a) Doutor(a)

Senhor(a) Professor(a) Doutor(a)

Senhor(a) Professor(a) Doutor(a)

Senhor(a) Professor(a) Doutor(a)

Ao meu filho,
Miguel Heidemann Lorenzetti,
gestado, amado e esperado
enquanto esta dissertação era escrita.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho científico extenso, o qual consome boa parte do tempo, não se realiza sem uma longa lista de agradecimentos.

Agradeço ao meu orientador, Senhor Professor Doutor Pedro Fernández Sánchez. As conversas, as trocas de e-mail, as orientações e as indicações bibliográficas foram essenciais para o desenvolvimento deste trabalho. Desde o início do seminário de Direito Constitucional, sob a regência do Senhor Professor, tive a certeza da necessidade de sua orientação para elaboração desta dissertação.

Agradeço, igualmente, aos Professores com quem tive aulas durante o primeiro ano do Mestrado, Senhores Professores Doutores Paulo Otero e Jaime Valle, pelo profícuo debate sobre direitos fundamentais e fiscalização da constitucionalidade, e à Senhora Professora Doutora Ana Soares Pinto, pelos ensinamentos metodológicos primordiais para a pesquisa científica.

Um eterno carinho e reverência à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A pujança ao longo de mais de cem anos de história, a participação na vida político-jurídica de Portugal e a excelência do seu corpo docente renovam seu lema: Tradição, Rigor e Inovação.

Faço aqui um destaque especial ao serviço da Biblioteca da Faculdade. Graças à presteza de seus funcionários, pude realizar parte da escrita do outro lado do Atlântico.

No âmbito profissional, expresso gratidão à minha instituição, o Ministério Público de Santa Catarina, por incentivar e permitir a capacitação intelectual de seus Membros em diversas Universidades ao redor do mundo. Com orgulho, há quase uma década, integro o Ministério Público, que já me proporcionou passar por diversas geografias catarinenses e, por último, portuguesas. Agradeço, igualmente, à Biblioteca do Ministério Público pelo auxílio na digitalização de diversas obras.

No campo pessoal, a lista é extensa e corro o risco de omissões.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Vilson Domingos da Silva e Teresinha Lorenzetti da Silva, exemplos de trabalho, dedicação e família. Aos meus irmãos, cunhados, sogros, sobrinhos e amigos, o meu muito obrigado pelo apoio nessa jornada, tanto além-mar quanto durante a elaboração da dissertação.

Agradeço à minha irmã, Jerusa Lorenzetti da Silva, pelo auxílio na revisão final do texto.

A vida em Portugal tornou-se mais fácil em razão das amizades conquistadas. Uma menção especial aos colegas Alessandro Ayres, Mateus Dallabrida, Sancler Alves e Ana Luísa Versa. Agradeço também aos diversos colegas de países lusófonos pela paciência em me explicarem e responderem às minhas mais ingênuas questões sobre o sistema de justiça de seus países de origem.

Por fim, a duas pessoas em especial.

Ao meu filho, Miguel Heidemann Lorenzetti, meu primogênito, a quem dedico este trabalho e toda a minha vida. Descobrimos a gravidez do Miguel quando o projeto da dissertação ainda nem existia. Enquanto acompanhávamos a gestação, semana a semana, crescia o número de páginas e se aproximava a data de sua chegada.

Junto com o nascimento do Miguel, e como se não bastassem a elaboração de uma dissertação de Mestrado e o trabalho na Promotoria de Justiça, vieram mais novidades na vida pessoal: a mudança com a família para minha cidade natal, a remoção para uma nova Comarca e a preparação da casa para uma criança. Tudo ao mesmo tempo, com muito planejamento, trabalho, angústias e alegrias. Isso somente foi possível por causa da outra pessoa em especial.

À minha mulher, Taís Heidemann Freitas, companheira de lutas e de glórias, de dias bons e dias nem tão bons, de derrotas e de vitórias. Meu agradecimento a quem aceitou, quando nossas vidas finalmente tinham se estabilizado, deixar a calma de lado para se aventurar a morar um ano em Portugal, trabalhar de lá com o fuso de cá e, ao mesmo tempo, concluir, de forma remota, seu próprio Mestrado em Finanças estando em terras lusitanas.

Sem a Taís e, depois, sem o Miguel, nada disso teria graça.

Taking rights seriously means taking scarcity seriously.

(Stephen Holmes e Cass Sunstein)

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado trata da proibição de insuficiência e dos direitos fundamentais sociais. Em uma primeira parte, analisa-se a estrutura das normas de direitos sociais, a importância de sua positivação na Constituição, a dimensão subjetiva e objetiva e a dificuldade de implementação. Defende-se que todo direito possui um custo financeiro e há escassez de recursos. A simples omissão ou a prestação insuficiente não pode ser aceita sem a prova dos argumentos apresentados pelo Estado. A própria teoria da reserva do possível possui limitações e a discricionariedade política não serve de justificativa para a inércia estatal. Diante desse cenário, o Tribunal Constitucional assume papel de relevo na fiscalização do controle da inconstitucionalidade por omissão. Na segunda parte, discute-se a proibição de insuficiência, com a defesa da autonomia dogmática, além da apresentação e das críticas às diversas teses sobre o assunto. Demonstra-se que a proibição de excesso, por si, não responde de maneira satisfatória a omissão dos direitos sociais. Entretanto, é possível a conjugação da proibição de insuficiência com outros princípios já conhecidos, como a igualdade, a proteção da confiança, a razoabilidade e, inclusive, a vedação de excesso. Com a pesquisa na jurisprudência dos Tribunais de Portugal, Alemanha, África do Sul e Brasil, observa-se a existência de um campo de atuação da proibição de insuficiência, razão pela qual se expõem os desafios para a aplicação. O controle de mínimo e o controle de evidência preenchem o conteúdo normativo do princípio e favorecem a autocontenção do sistema de justiça, em respeito à separação de poderes. E, ainda, as duas formas de controle asseguram um patamar mínimo de direitos sociais mesmo em período de crise financeira.

Palavras-chave: proibição de insuficiência; proibição de excesso; direitos fundamentais sociais; discricionariedade política; inconstitucionalidade por omissão.

ABSTRACT

This Master's Thesis addresses the prohibition of insufficiency and social fundamental rights. In the first part, norms and social rights structure are analysed, as well as the importance of their affirmation in the Constitution, the objective and subjective dimensions and the difficulty in their implementation. It is supported that every right generates a financial cost and there is a lack of resources. The simple omission of it, or its insufficient provision, must not be accepted without the evidence of the arguments presented by the State. The Theory of the Estate reserve, per se, has its own limitations and political discretion is not a justification for State inertia. Facing the present scenario, Constitutional Tribunals take over an outstanding role on monitoring the control of unconstitutionality by omission. In the second part, there is the argument regarding the prohibition of insufficiency, supporting dogmatic autonomy and the presentation of and critics to the several Theses on this subject. It is evident that the prohibition of excess does not respond in a satisfactory manner to the omission of social rights. Nevertheless, there is a possibility of conjugation among prohibition of insufficiency and other already known principles, such as equality, the protection of legitimate expectations, reasonableness, and even the prohibition of excess. Based on the jurisprudence from Portuguese, German, South African and Brazilian Tribunals, it is observed that there is a field of action for the prohibition of insufficiency, reason by which the challenges to its application are displayed. The control of the minimum and the control of evidence fill the principle normative content and favour the Justice System self contention, with regards to powers separation. Moreover, both ways of control ensure a minimal threshold for social rights even in financial crises periods.

Keywords: prohibition of insufficiency; prohibition of excess; social fundamental rights; political discretion; unconstitutionality by omission.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
<i>BVerfGE</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
CCT	Constitutional Court Trust
ed.	edição
HC	<i>Habeas Corpus</i>
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
RE	Recurso Extraordinário
SL	Suspensão de Liminar
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
PARTE I	
1 Direitos sociais como direitos fundamentais	14
1.1 A estrutura das normas de direitos sociais	21
1.2 Os modelos de positivação dos direitos sociais	26
1.3 A dimensão subjetiva e objetiva	30
1.4 A problemática dos direitos sociais enquanto direitos prestacionais	34
2 Custos, omissões e a fiscalização do Tribunal Constitucional no âmbito dos direitos sociais	39
2.1 O custo dos direitos, as limitações e a escassez de recursos	39
2.2 O parâmetro de um mínimo existencial	45
2.3 As formas de omissão e a discricionariedade política	51
2.4 A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão	56
PARTE II	
1 A (in)existência do princípio da proibição de insuficiência	64
1.1 A proibição de insuficiência na obra de Claus-Wilhelm Canaris	70
1.2 A autonomia dogmática do princípio da proibição de insuficiência	76
1.2.1 Tese da congruência (<i>Kongruenzthese</i>)	82
1.2.2 Tese da liberdade de conformação (<i>Korridor</i>)	85
1.2.3 Tese da assimetria	86
1.2.4 Tese do englobamento da proporcionalidade	87
2 A proibição de insuficiência e outros instrumentos de ponderação	91
2.1 A proibição de insuficiência e a proibição de excesso	92
2.2 A proibição de insuficiência e o princípio da igualdade	104
2.3 A proibição de insuficiência e a proteção da confiança	108
2.4 A proibição de insuficiência e a razoabilidade	112

3	A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais	116
3.1	A aplicação da proibição de insuficiência em outros ramos do direito	118
3.2	Tribunal Constitucional Português	120
3.3	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha	124
3.4	Tribunal Constitucional da África do Sul	127
3.5	Supremo Tribunal Federal do Brasil	130
4	Os desafios na aplicação da proibição de insuficiência	134
4.1	Os elementos dogmáticos e o controle de intensidade	136
4.2	A autocontenção do Poder Judiciário e a separação de poderes	143
4.3	As crises financeiras e a expectativa social	150
	CONCLUSÃO	154
	BIBLIOGRAFIA	158

INTRODUÇÃO

Esta dissertação de Mestrado é apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

As constantes mudanças sociais, avanços tecnológicos, crises financeiras e toda a diversidade de fatos socioeconômicos colocam a proteção dos direitos sociais em constatare vigilância. As Constituições das últimas décadas do século passado, em regra, trouxeram um amplo rol de direitos sociais, como, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa de 1976, a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Constituição da República da África do Sul de 1996. Os textos constitucionais que não preveem de forma extensiva os direitos sociais, como a Lei Fundamental da Alemanha, também são objeto de pesquisa através da interpretação de princípios como a dignidade da pessoa humana e a defesa do próprio Estado Social.

Todo indivíduo almeja ter acesso a melhores bens e serviços públicos e direciona ao Estado o poder-dever de garanti-los e de auxiliá-lo em seu pleno desenvolvimento e busca por uma vida digna. Em contrapartida, os recursos são escassos e mantidos pelos impostos dos cidadãos. Assim, é necessária a definição de prioridades, pois, em alguns casos, nem todos serão atendidos. Muitas ações sociais dependem da adoção de medidas por parte do legislador ordinário que, por vezes, permanece inerte.

No sistema democrático, os líderes são eleitos pelo voto universal da população justamente para, com base na discricionariedade administrativa, fazer as opções do Orçamento de Estado e escolhas políticas. Entretanto, quando a prestação está abaixo do que se entende pelo mínimo, há a discussão de como fazer a verificação e qual a função da jurisdição constitucional.

A escolha do tema – a proibição de insuficiência e os direitos fundamentais sociais – se justifica pelo fato de que o assunto está na pauta do direito constitucional. Nas doutrinas tradicionais, os direitos fundamentais positivos, e os deveres do Estado, ocupam um espaço muito menor do que aqueles inseridos no regime dos direitos, liberdades e garantias.

Apesar de positivados, os direitos sociais carecem de instrumentos jurídicos próprios para a análise de sua efetivação e de possível inconstitucionalidade por omissão em razão do déficit de proteção. Os meios de ponderação normalmente utilizados, em

especial, a proporcionalidade em sentido estrito, representada pela proibição de excesso, não solucionam a omissão de maneira adequada. Encontra-se aí a justificativa para a defesa do princípio da proibição de insuficiência como método de ponderação na verificação dos deveres estatais, o que pode ser realizado em conjunto com outros instrumentos.

Entre outras perguntas, o presente trabalho pretende responder se a proibição de insuficiência é um princípio autônomo na efetivação dos direitos fundamentais sociais e, caso positivo, como se dá o preenchimento do conteúdo normativo.

Em um estágio inicial, que será aprofundado ao longo dos capítulos, a proibição de insuficiência se apresenta como instrumento jurídico, por meio do controle de mínimo e controle de evidência, na abordagem da omissão estatal no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Em relação ao método de pesquisa jurídica, o pós-positivista se adequa, pois permite a relação das normas jurídicas com as normas morais. O trabalho foi elaborado por base no método dedutivo, uma vez que parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Optou-se pela pesquisa bibliográfica, com referências a obras portuguesas e estrangeiras, bem como pela pesquisa jurisprudencial.

Utilizou-se a expressão “proibição de insuficiência” por entender que é a que melhor traduz a *Untermassverbot*, do alemão para o português, e por ser a expressão constante na obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, de Claus-Wilhelm Canaris, apontada como a precursora. Na doutrina e na jurisprudência se encontram algumas terminologias como: proibição de proteção insuficiente, proibição de déficit e proibição de inoperância. Ao longo do texto, outros termos são utilizados como sinônimos de “proibição de insuficiência”.

Por uma questão metodológica, dividiu-se a dissertação em duas partes.

A primeira parte se dedica a abordar os direitos sociais e a caracterização como direitos fundamentais. Discorre-se sobre a estrutura da norma, a positivação dos direitos sociais no texto constitucional, o estudo das dimensões subjetiva e objetiva e a controvérsia sobre os direitos prestacionais.

Em um segundo momento, desenvolve-se ideias sobre o custo dos direitos, as omissões estatais e o papel do Tribunal Constitucional.

Não se pretende, por óbvio, esgotar cada um dos temas. Muito há escrito sobre cada tópico – e muito há que se falar -, o que permite a elaboração de uma dissertação

para qualquer um dos itens mencionados. O que se propõe é dar o enquadramento necessário para os direitos sociais, a fim de explorar a proibição de insuficiência.

A segunda parte desta dissertação se refere à análise da proibição de insuficiência. Considera-se, para isso, que a proibição de insuficiência é um instrumento de ponderação na verificação da omissão estatal.

A investigação inicia com a origem e o desenvolvimento da *Untermassverbot* e expõe as posições divergentes sobre a autonomia. Defende-se, desde logo, a autonomia do princípio da proibição de insuficiência e traça-se elementos dogmáticos sobre o tema, pois uma das principais críticas é justamente a possível ausência deles.

Após, conjuga-se a proibição de insuficiência com outros instrumentos de ponderação: proibição de excesso, princípio da igualdade, proteção da confiança e razoabilidade. A pesquisa não esmiuça questões particulares sobre ponderação, harmonização ou balanceamento, em virtude da limitação material de uma dissertação de Mestrado e o foco pretendido na proibição de déficit.

Na sequência, examina-se a aplicação da proibição de insuficiência em outros ramos do direito e a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Alemanha, África do Sul e Brasil.

Ao final, propõe-se, sem esgotar o tema, contributos frente aos desafios da utilização da proibição de insuficiência, com a defesa dos controles de mínimo e de evidência, da separação de poderes e da manutenção de um *standard* social em períodos de crises.

PARTE I

1 Direitos sociais como direitos fundamentais

O final do século XIX e o início do século XX, com as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), marcaram o sobressair dos direitos sociais na norma positivada e o predomínio do ideal de Estado Social no mundo ocidental^{1 2}.

A evolução para o Estado Social de Direitos, além de combater um sistema de classes e garantir os direitos políticos, também se dedicou aos direitos sociais que interessam à coletividade³. Antes disso, as consequências sociais da revolução industrial e o não cumprimento da promessa de bem-estar geral ensejaram o pensamento de proteção aos grupos mais vulneráveis à época, como viúvas, órfãos, idosos e enfermos. Isso porque, se em uma primeira etapa compete a cada cidadão adulto, apto ao trabalho, satisfazer os seus interesses, é equivocada a concepção de que a sociedade está constituída somente por personagens autônomos e capazes.

Os anseios por igualdade real e por justiça social entre os membros de uma comunidade⁴, para o exercício da liberdade plena e do desenvolvimento humano, incitaram o progresso dos direitos sociais, pois ao Estado, em conjunto com o cidadão, competiria proporcionar o bem-estar⁵.

Sobre a liberdade e a igualdade, aponta-se para a lição de John Rawls acerca da justiça política e a Constituição. Para o Autor, a Constituição “deve ser um procedimento justo que satisfaça as exigências da liberdade igual” e, em um segundo momento, o texto

¹ Carlos Bernal Pulido diz que a expressão Estado Social é um pleonasma, pois não é possível pensar em um Estado que não seja social, se social é a própria sociedade. Menciona que é inconcebível um Estado sem sociedade, o que seria o mesmo que um “Estado vazio”. O Estado Social, para o Autor, é o produto de simbiose entre o Estado e a Sociedade. In *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales para el legislador*. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 348-349.

² Paulo Bonavides afirma que a Constituição do México e de Weimar “traçaram a grande pauta precursora da normatividade dos direitos fundamentais da segunda geração”. In *Teoria Geral do Estado*. 11.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 139.

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 36 e ss..

⁴ Ingo Wolfgang Sarlet anota que a expressão “social” é a densificação do princípio da justiça social, que corresponde aos anseios das classes menos favorecidas, como compensação da desigualdade. In *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 48.

⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 349.

constitucional, dentre os caminhos viáveis, é aquele “que tem maiores probabilidades de resultar num sistema de legislação justa e efetiva”. Arremata o Professor americano ao dizer que a Constituição “é o mais elevado sistema de normas sociais para a criação de normas”⁶.

No pós-segunda Guerra Mundial, a aspiração do Estado Social recebeu ainda mais relevância. A título de exemplo, a Lei Fundamental de Bonn conferiu ao Estado a tarefa de edificar uma ordem social justa e a responsabilidade de proteção aos vulneráveis sociais⁷. Ainda no contexto constitucional alemão, ressalta-se, no século XIX, o pioneirismo da *Sozialpolitik* do Chanceler Otto von Bismark, com a promulgação de diversas normas de proteção ao trabalho e bem-estar social, desde a concepção de um sistema de seguridade social a caixas de assistência à saúde⁸.

Com o avanço dos anos e o predomínio de um estado de providência ou *welfare state*, o Estado figurou como agente de promoção e organização dos bens sociais, o que resultou na necessidade de mudança da hermenêutica constitucional e na valoração da norma social positivada, pois, como diz Inocêncio Galvão Telles em seu livro de introdução ao estudo do Direito, “o Direito brota da realidade”⁹.

Após uma série de regimes totalitários e o renascer de democracias na Europa e na América, a partir da segunda metade do século XX, as novas constituições trouxeram o Estado de direito democrático e o Estado Social como pilares¹⁰. Algumas delas – cita-se, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Federal do Brasil de 1988 – apresentaram amplo rol de direitos sociais, com o objetivo de garantir certas finalidades do Estado, quais sejam, a redução das desigualdades sociais, a melhoria

⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 273.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 302; ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2.ª ed. Cascais: Princípiã, 2011, pp. 16 e ss..

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história constitucional da Alemanha* cit., p. 91.

⁹ Inocêncio Galvão Telles ensina que o Estado tem origem natural, pois os instintos humanos levam a reunião em sociedade. Logo, fazendo-se necessário o Estado, faz-se necessário o Direito, que, por sua vez, não pode se olvidar da sociedade e de suas manifestações. In *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 39.

¹⁰ Carlos Blanco de Moraes aponta que a noção de “Estado Social” não está necessariamente relacionada à noção de “Estado Democrático de Direito”, pois há exemplos de Estado Social de caráter autoritário. In *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*. Volume III. Organizadores Fernando Alves Correia et al., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 589.

do bem-estar coletivo, a igualdade de oportunidades e o pleno desenvolvimento humano, tudo isso a fim de construir “uma sociedade livre, justa e solidária”¹¹.

De acordo com Rui Medeiros, o constituinte português optou “por estender as pretensões jusfundamentais de natureza sociais muito além do universo dos direitos sociais básicos”, afastando por um déficit de proteção destes tipos de direitos fundamentais¹².

Para além da Europa e da América, a Constituição da África do Sul de 1996, após o período de *apartheid*, é uma das mais avançadas em termos de direitos sociais. Igualmente, a Corte Constitucional daquele país tem se destacado no julgamento de direitos sociais.

No direito internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), em respeito aos direitos fundamentais da dignidade humana e da liberdade, elenca uma série de direitos sociais que os Estados-Membros precisam assegurar, como acesso à saúde, à educação, à seguridade social, entre outros¹³. É importante sublinhar que o referido pacto traz imposições que sugerem o uso de ponderação na efetivação dos direitos sociais, ao utilizar expressões como “até ao máximo dos recursos”, “meios adequados” e “adoção de medidas legislativas”¹⁴.

Como explica Paulo Bonavides, o novo Estado constitucional passou a se preocupar mais com os direitos sociais, de forma progressiva e evolutiva, introduzindo-os em seu texto. Até porque, os direitos fundamentais de primeira geração (direitos de liberdade) encontravam-se mais assegurados, enquanto os direitos de segunda geração ainda aguardavam igual grau de inserção, positividade e realização¹⁵.

Celso Lafer diz que os direitos fundamentais de segunda geração são “direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”, no qual figura o Estado como sujeito passivo, em uma relação entre governantes e governados, onde os primeiros assumiram a

¹¹ Artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa; artigo 3.º, inciso I, da Constituição Federal do Brasil.

¹² MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Volume I. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, p. 672.

¹³ Sobre a importância das normas do Direito Internacional, Jorge Miranda esclarece que, embora o cidadão não as invoque perante o sistema de justiça, a ratificação do pacto vincula diretamente o poder público na persecução dos resultados pretendidos. In *Direitos Fundamentais*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 45.

¹⁴ Artigo 2.º, n.º 1: “Cada um dos Estados-Signatários no presente Pacto compromete-se a adoptar medidas, seja isoladamente, seja através da assistência e cooperação internacionais, especialmente económicas e técnicas, até ao máximo dos recursos de que disponha, por todos os meios adequados, inclusive e em particular a adopção de medidas legislativas, para atingir progressivamente a plena efectividade dos direitos aqui reconhecidos”.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado* cit., p. 54.

função de atender os segundos¹⁶. Na expressão de José Afonso da Silva, a natureza dos direitos sociais se refere aos “direitos fundamentais do homem-social”¹⁷.

Ao dar uma primeira definição ao direito social, Jorge Reis Novais conforma duas ideias: i) o objeto de proteção permite ao indivíduo bens de natureza econômica, social e cultural necessários a uma vivência digna; e ii) tais direitos, por serem restritos, dispendiosos e, muitas vezes, inacessíveis sem a intervenção estatal, levam o cidadão, por falta de recursos financeiros, a direcionar sua pretensão ao poder público¹⁸.

O entendimento de que os direitos sociais teriam menor força frente aos direitos fundamentais de primeira geração, por serem meramente prestacionais, não prospera¹⁹. A afirmação está pautada no fato de que é impossível assegurar os direitos de liberdade sem garantir o mínimo acesso aos direitos sociais para permitir, de verdade, a concretização dos primeiros. Não se trata de uma lógica de “tudo-ou-nada”, no sentido de que ou se tem todos os direitos sociais amplamente garantidos ou não se tem nenhum direito de liberdade²⁰. Trata-se, sim, da argumentação de que os direitos sociais são fundamentais para garantir todos os outros direitos.

José de Melo Alexandrino defende que, apesar da diferença estrutural, se recusa uma supremacia axiológica a favor dos direitos, liberdades e garantias, seja em razão do disposto no texto constitucional, seja pelo “fundamento comum dos direitos de liberdade e dos direitos sociais no valor de base da dignidade da pessoa humana”²¹.

Sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, Jorge Miranda afirma que “não pode negar-se a ambas as categorias de direitos a qualificação como direitos fundamentais”²².

O Professor Catedrático aponta algumas diferenças: i) nos direitos de liberdade, as pessoas, por si, reivindicam respeito e proteção estatal; nos direitos sociais, o ponto de

¹⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1991, p. 127.

¹⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 151.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, p. 51.

¹⁹ Ressalta Jorge Reis Novais que “há direitos a prestações nos dois tipos de direitos fundamentais e quaisquer deles podem surgir e ser invocados sem que esteja em causa qualquer prestação estatal”. In *Direitos Sociais* cit., p. 45.

²⁰ A expressão “tudo-ou-nada” é utilizada por Robert Alexy para justificar a necessidade de diferenciações considerando a diversidade dos direitos sociais e da classificação da norma. In *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3.^a ed. São Paulo: Juspodivum, 2024, p. 502.

²¹ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 193.

²² MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 113.

partida não é o simples fato de ser um cidadão, mas a existência de uma necessidade ou de uma desigualdade (física, mental, financeira, social) e do anseio de superá-la a fim de criar uma relação solidária entre os membros de uma sociedade; ii) nos direitos de liberdade, assegura-se a autodeterminação do indivíduo; nos direitos sociais, garante-se a evolução das condições às quais se pretendem chegar; iii) nos direitos de liberdade, defende-se, de pronto, a vida humana contra arbitrariedades, sendo “direitos de libertação do poder”; nos direitos sociais, visa-se “a esperança numa vida melhor”, ou seja, são “direitos de libertação da necessidade”; e iv) os direitos de liberdade são “direitos de agir”; os direitos sociais, “direitos de exigir”²³.

Um outro argumento sobre a qualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais, é a garantia da força do texto constitucional. Embora alguns países adotem o Estado Social e não possuam em sua Lei Maior os direitos sociais exemplificados ou em maior grau de deferência, é de ressaltar que, no caso português, assim como brasileiro, a Constituição prevê esses direitos. Desse modo, a Constituição impõe ao poder público o cumprimento, dando proteção constitucionalmente jurídica ao particular frente ao Estado²⁴.

Nessa lógica, o respeito aos direitos sociais como direitos fundamentais está intrinsecamente relacionado à força normativa da Constituição. Cuida-se da celeuma sobre o que é uma Constituição, entre *die normative Kraft der Verfassung*, defendida por Konrad Hesse, e a concepção de Constituição como *ein Stück Papier*, conforme elaborado por Lassalle.

Para o segundo jurista, a Constituição de um país é o conjunto daquilo que se chama de “fatores reais do poder” (monarquia, aristocracia, burguesia, banqueiros, operários). Com esses seguimentos da sociedade, escrevem-se os direitos em um papel e, com isso, incorporados em um texto normativo, os “fatores reais do poder” tornam-se verdadeiros direitos, instituições jurídicas²⁵.

Já para Konrad Hesse, posição na qual se filia, a Constituição não é apenas um ser (*Sein*), mas sim um dever ser (*Sollen*), de forma que o debate inicia com a reciprocidade entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. A força normativa está na execução das tarefas, na disposição de guiar o poder público pela ordem determinada,

²³ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 114 e 118.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direito Sociais* cit., p. 47.

²⁵ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Antônio Roberto Hildebrandi. Leme: Edijur, 2020, pp. 30-31.

mesmo considerando as reservas e as limitações. Para isso, é necessário que seja possível constatar o desejo de efetivar os direitos e o seu progresso²⁶.

A força normativa impõe, ainda, que na solução de questões jurídico-constitucionais a interpretação seja aquela que garanta a eficácia da Constituição, compreendendo a sua historicidade e estrutura²⁷.

Acerca da exigência de efetivação política dos direitos sociais, Jorge Miranda preceitua que “A eficácia de uma norma ou de um direito é a sua suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos”²⁸. Na mesma linha, Jorge Alves Correia define a Constituição como um “produto de um pacto social fundamental”²⁹.

Não à toa, a Constituição da República Portuguesa impõe como tarefa fundamental do Estado a promoção do bem-estar, da qualidade de vida do povo e da igualdade, com a concretização dos direitos sociais, mediante a transformação das estruturas econômicas e sociais. E, essas tarefas são realizadas pelo executivo e pelo legislador de diversas formas, como a garantia de igualdade de oportunidades, prestações pecuniárias, criação de instituições e serviços, estabelecimento de políticas públicas, desenvolvimento de condições para o exercício do direito social e, por fim, através da própria atividade legislativa³⁰.

A razão de ser do Estado Social, do qual se extrai da alínea “d”, do artigo 9.º, da Constituição da República Portuguesa, está relacionada ao artigo 1.º (dignidade da pessoa humana) e ao artigo 2.º (soberania popular e democracia social), de forma que as tarefas são princípios definidores do próprio Estado. E, embora o Estado possa se socorrer de entidades internacionais, privadas ou a organizações sociais, a responsabilidade pelo cumprimento continua com ele³¹.

Paulo Otero esclarece que o Estado de direito democrático está alicerçado em três pressupostos dogmáticos: o pluralismo, a juridicidade e o bem-estar. Em relação ao último, segundo o Autor, reflete o objetivo orientador da atividade estatal, pois é o

²⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 13-19.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 1226.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 525.

²⁹ CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro: um exercício de direito constitucional comparado*. 2.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 138.

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 528-529; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV cit., pp. 477-478.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Tomo I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 278 e 282.

tradicional princípio do Estado Social^{32 33}. O Professor Catedrático acrescenta que “os direitos sociais permitiram que se passasse do Estado liberal para o Estado social de Direito”, em uma “continuidade teleológica com o propósito do Estado liberal de dignificação da pessoa humana”³⁴.

Outro aspecto que reforça a qualidade da fundamentalidade dos direitos sociais é ser intergeracional, característica destacada dos direitos de liberdade³⁵. Isso porque, uma vez que a Constituição é um texto perene, a adoção de medidas legislativas e políticas de efetivação dos direitos sociais gera efeitos que são transmitidos para uma futura geração³⁶.

Ademais, os direitos fundamentais sociais possuem um conteúdo nuclear que requer uma força jurídica especial, pois, como visto, está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. Tudo isso, mais uma vez, impõe o dever de legislar e criar condições para a efetiva realização do texto constitucional³⁷.

Assim, o fato de os direitos fundamentais sociais estarem sujeitos àquilo que Canotilho denomina como “pressupostos de direitos fundamentais”³⁸, ou seja, estarem sujeitos a um conjunto de condições, não lhes retira o seu caráter “fundamental”, pois tais pressupostos também estão presentes em outros direitos fundamentais.

Como ressalta o Professor de Coimbra, os direitos fundamentais sociais são apenas direitos diferentes dos direitos de liberdade, sujeitos os primeiros ao regime geral de direitos fundamentais, enquanto os segundos gozam de um regime especial³⁹.

³² OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português. Identidade Constitucional*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 55.

³³ Cristina Queiroz descreve que “o Estado de Direito e o Estado Social não constituem unidades distintas e separadas, antes se completam mutuamente”. Entretanto, a Autora salienta que os direitos fundamentais sociais possuem situações controversas acerca de sua interpretação e aplicação. In *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. 2.ª ed. Lisboa: Petrony, 2020, p. 11.

³⁴ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 336.

³⁵ Rui Medeiros afirma que “a consagração de direitos sociais na ordem constitucional portuguesa em vigor não é incompatível com a afirmação da liberdade como bem jurídico comum de todos os direitos fundamentais e, por conseguinte, como parâmetro da sua fundamentalidade”. In *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., pp. 659-660.

³⁶ Entre outros: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., pp. 354 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 51-54.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 352 e ss..

³⁸ Canotilho exemplifica os pressupostos, “capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa”. In *Direito Constitucional* cit., p. 473.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 403.

Entretanto, *al fin y al cabo*, os direitos sociais presentes na Constituição são direitos fundamentais⁴⁰.

1.1 A estrutura das normas de direitos sociais

Os direitos sociais, de uma maneira simplista, são os direitos do cidadão em face do ente estatal a fim de gerar um bem-estar. Entretanto, o texto normativo não prevê todas as condições e as possibilidades para efetivação dessas prestações. Por essa razão, os direitos sociais, na maioria das vezes, são normas abertas, com conteúdo abrangente e indeterminado.

Bernal Pulido apresenta a seguinte estrutura dos direitos sociais: i) sujeito ativo: o indivíduo; ii) sujeito passivo: o legislador; iii) objeto: uma conduta positiva referente à edição de leis para satisfazer as necessidades básicas e a proporcionar os meios necessários ao exercício da liberdade e dos direitos políticos.

Descreve que os direitos sociais possuem dupla irradiação, pois, primeiro, com base no princípio da autonomia, conforme exposto no item anterior, compete ao indivíduo satisfazer suas necessidades; entretanto, se por algum motivo não as conseguir, surge um dever de solidariedade para a coletividade, o qual é concretizado em uma obrigação cujo destinatário é o Estado⁴¹.

Luis Prieto Sanchís elenca seis aspectos do conteúdo das normas de direitos sociais⁴². A um, direitos e instituições. Enquanto os direitos de liberdade são independentes (ou quase) de instituições políticas, o contrário ocorre com os direitos sociais, uma vez que as decisões dependem de debates políticos e de organização estatal para o dispêndio dos recursos necessários.

⁴⁰ Resume Jorge Miranda: “Direitos fundamentais em sentido formal não são apenas os constantes do catálogo da parte I do texto constitucional ou outros direitos como tais nominados. São todos aqueles que estejam consignados em quaisquer normas da Constituição formal, a qual abrange tanto a Constituição instrumental como a Declaração Universal: o lugar não informa a natureza dos direitos [...]”. In *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV cit., pp. 161-162.

⁴¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., pp. 354 e 362.

⁴² SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales y el principio de igualdad substancial*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Volume n.º 22, 1995, pp. 13-20.

A dois, direitos sociais como direitos prestacionais. Diferente dos direitos de liberdade que consistem em um *non facere* estatal, os direitos sociais possuem natureza positiva, ou seja, de dar ou de fazer.

A três, a titularidade dos direitos. O Autor faz a diferença entre o homem abstrato e o homem histórico (cidadão), a quem os direitos sociais são atribuídos (trabalhadores, idosos, enfermos).

A quatro, direitos sociais como direitos de igualdade, o que permite um regime jurídico desigual em resposta à desigualdade que se tenta superar. Trata-se da “*igualdad jurídica y los intentos de construir igualdades de hecho*”.

A cinco, o caráter obrigacional. Nos direitos de liberdade há regras primárias de abstenção com um único sujeito universal. Nos direitos sociais, há regras secundárias ou de organização, com uma multiplicidade de obrigações de diferentes sujeitos.

Por fim, a seis, a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos, o que é tratado no item 1.3 deste capítulo.

Também na doutrina espanhola, ao comentar o artigo 53.º da Constituição Espanhola de 1978, Garrido Falla explica que o Capítulo III, que trata *de los principios rectores de la política social y económica*⁴³, possui enunciados retóricos, imprecisos e, até mesmo, ineficazes à luz da juridicidade, pois para uma norma jurídica não basta a positivação, é mister uma estrutura linguística com uma ordem, um mandato ou uma proibição⁴⁴. Apesar disso, Sanchís reitera que os princípios orientadores do Capítulo III possuem força jurídica e que o fato de haver certa indeterminação não causa dificuldades em compreender o caráter vinculativo⁴⁵.

David Duarte expõe que a ideia mais próxima do que se chama “direito social” está na seguinte estrutura: i) um direito que depende de uma ação positiva; ii) de uma ação do Estado; e iii) e que a ação implica em gasto público⁴⁶.

⁴³ O artigo 53.º da Constituição Espanhola de 1978, ao abordar a garantia dos direitos fundamentais, sobre os direitos oriundos da política social, menciona que o reconhecimento desses direitos orientará a legislação, a prática judicial e a atuação do poder público. No que tange à justiciabilidade, determina que “*sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

⁴⁴ FALLA. Fernando Garrido. *Comentarios a la constitución*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 882 e ss..

⁴⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales* cit., p. 33.

⁴⁶ DUARTE, David. *Gains and losses in balancing social rights*. In *Proportionality in law: an analytical perspective*. Organização David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Suíça: Springer, 2018, p. 54.

Para além de uma obrigação de fazer há concomitantemente uma obrigação de não fazer, como, por exemplo, não piorar os níveis de satisfação de saúde ou educação, o que remete à ideia da proibição de insuficiência⁴⁷.

Em razão de possível indeterminabilidade dos direitos sociais, inúmeras críticas são feitas quanto à carência do conteúdo da norma, o que se reflete na definição de qual prestação o Estado está obrigado a cumprir e, por consequência, da exigência judicial a certa obrigação⁴⁸.

Entretanto, o conteúdo aberto do direito social não o torna um “não direito”. Ao apontar que a indeterminabilidade também atinge os direitos de liberdade, Jorge Reis Novais cita o seguinte exemplo: se o texto constitucional garante o acesso à educação primária, à saúde e à seguridade social, sem especificar exatamente a forma como isso se dará, o mesmo texto constitucional garante a liberdade de religião, de expressão, de imprensa ou de greve, sem, igualmente, determinar exatamente qual a forma, o alcance e o limite dessa liberdade⁴⁹. Contudo, pouco se diz sobre a falta de definição dos direitos de liberdade ou que eles são normas meramente programáticas.

Alexy aponta a diferença entre direitos a prestações expressamente previstos na Constituição, os quais, muitas vezes, são denominados “direitos fundamentais sociais”, dos direitos a prestação atribuídos por meio de interpretação, denominados como “direitos fundamentais a prestações”. Contudo, apesar da diferenciação, em relação ao conteúdo, à estrutura e aos problemas, existe mais convergências do que divergências, o que justifica nomear todos os direitos a prestações em sentido estrito como “direitos fundamentais sociais”⁵⁰.

Acerca da estrutura teórica, Alexy classifica as normas sociais em três categorias: i) entre normas que acautelam direitos subjetivos e normas que somente vinculam o Estado de maneira objetiva; ii) normas vinculantes, se for possível a verificação pelo Tribunal Constitucional, e não-vinculantes, também chamadas de programáticas; e iii) as normas que fundamentam direitos e deveres definitivos e as normas *prima facie*.

⁴⁷ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 25.

⁴⁸ Sobre o fato dos direitos sociais não serão sempre medíveis, Jorge Reis Novais esclarece que “a sua realização jurídica na forma de pretensão ou de direito exigível ou até, do ponto de vista objetivo, no plano dos deveres concretos exigidos ao Estado, pressupõe que a determinação das prestações juridicamente devidas venha a ser feito pelo legislador ordinário, ou seja, já num nível infraconstitucional”. In *Direitos Sociais* cit., p. 152.

⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., pp. 152-155.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 500.

Com base nessas categorias, Alexy apresenta o seguinte quadro das normas de direito social:

normas vinculantes				normas não-vinculantes			
subjetivo		objetivo		subjetivo		objetivo	
definitivo	<i>prima facie</i>	definitivo	<i>prima facie</i>	Definitivo	<i>prima facie</i>	definitivo	<i>prima facie</i>
1	2	3	4	5	6	7	8

O Autor finaliza que a maior proteção é atestada às normas vinculantes de direito subjetivo com o conteúdo definitivo. Por outro lado, a menor proteção resta com as normas não-vinculantes de direito objetivo *prima facie*⁵¹.

Para além das diferenças estruturais, Alexy adiciona as diferenças substanciais, entre o conteúdo minimalista e maximalista. Aquele garante condição social diminuta, também chamado de pequenos direitos sociais. Este potencializa o conteúdo da norma, quase em uma realização completa dos direitos fundamentais sociais⁵².

Entre as diversas classificações, Gilmar Mendes discorre que os direitos sociais, também intitulados direitos de prestação em sentido estrito, são uma categoria de direitos de prestação em sentido amplo, que também compreende os direitos à organização e ao procedimento. E, considerando que “os pressupostos fático-materiais são particularmente relevantes” para a efetivação, a concretização pode ser através de atos normativos, procedimentos estatais ou, até mesmo, garantias judiciais⁵³.

De acordo com Cristina Queiroz, os direitos fundamentais de organização e procedimento podem ser divididos em “direitos de competência jurídico-privada”, “direitos ao procedimento em sentido estrito”, “direitos de organização em sentido estrito” e “direitos de participação na formação da vontade estatal”.

Os primeiros se referem a pretensões a ações jurídicas de criação, de modificação ou de não eliminação de posições de direito privado. Os segundos são os procedimentos jurisdicionais ou administrativos necessário à concretização da proteção jurídica, isto é, meios ou instrumentos de proteção. Os terceiros norteiam a participação de pessoas ou

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 500-501.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 502.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 717.

grupos para um fim específico. Os últimos são atinentes às medidas legislativas que garantam a participação na escolha política através do processo democrático⁵⁴.

No regime de direitos fundamentais sociais, para além dos direitos de prestação, há os chamados direitos de defesa, consistentes no dever de abstenção por parte do Estado e do particular de determinados atos, a fim de permitir o exercício de direitos sociais, como, por exemplo, alguns direitos dos trabalhadores.

Na estrutura dos direitos sociais ainda há os chamados direitos a prestações originários, ou seja, aqueles previstos em uma positivação constitucional, abordados no início deste trabalho, e os direitos a prestações derivados ou não-originários, assegurados por lei ordinária. Em que pese uma possível desvalorização por causa da forma legislativa, os direitos derivados também adquirem proteção com base no princípio da igualdade e no princípio da proibição de retrocesso⁵⁵.

Canotilho ao analisar a estrutura de posições jurídicas prestacionais, apresenta a “relação tripolar do direito” e a “relação tripolar do dever”. Na primeira, o indivíduo tem perante o Estado um direito a prestações existenciais. Na segunda, o Estado tem o dever de frente ao cidadão fornecer a prestação existencial. O que caracteriza “um dever relacional do Estado e um direito subjectivo por parte do cidadão”, o que remete à matriz *hohfeldiana*⁵⁶.

Alega, o Professor de Coimbra, que o carácter dogmático dos direitos sociais é objeto de carga metodológica vaga e indeterminada e “esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiante”, o que o Autor chama de “camaleões normativos”⁵⁷.

Apesar de uma característica inicialmente programática, os direitos sociais na Constituição da República Portuguesa, sob a forma de enunciados, vinculam o Estado a realizar o que lá está contido, de forma que não há discricionariedade política que justifique o simples descumprimento⁵⁸. Logo, os ditames de direito social constituem um

⁵⁴ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais* cit., pp. 67-69.

⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 168.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 55.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Metodologia fuzzy*” e “*camaleões normativos*” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 98-101.

⁵⁸ Carlos Blanco de Moraes explica que não há mais razão para considerar as normas constitucionais programáticas como “declarações puramente políticas”, pois é certo que elas são juridicamente vinculativas. In *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., p. 601.

padrão positivo ou negativo de verificação da constitucionalidade das leis ou das omissões estatais⁵⁹.

A diversidade de classificações das estruturas dos direitos sociais demonstra a importância da positividade da norma, para que, independentemente da época ou do governo da ocasião, se possa analisar o cumprimento (ou não) da tarefa do Estado.

1.2 Os modelos de positividade dos direitos sociais

A positividade dos direitos sociais relembra a ideia do formato da própria Constituição. Sem adentrar as inúmeras classificações de uma Constituição, registra-se duas distinções.

A primeira, entre “constituição-garantia” ou “constituição estatutária” e “constituição programática” ou “constituição dirigente”⁶⁰. Aquela se restringiria a aspectos da estrutura do poder, sem demonstrar a escolha social ou econômica. A segunda, para além de descrever a estrutura do poder, traça “metas, programas de ações e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico”⁶¹. As Constituições portuguesa e brasileira possuem claro caráter dirigente, típico de um Estado Social e de um Estado de Direito.

Mesmo quando não exaustivamente mencionado na Constituição, a falta de previsão de direito social não implica em uma “não opção”. Cita-se, como exemplo, a Lei Fundamental alemã que se restringiu a mencionar que a República Federal da Alemanha é um Estado Social, sem especificar o rol de direitos sociais⁶². Interessante observar que a

⁵⁹ Ao comentar sobre a fase de irrelevância dos direitos sociais na jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, Jorge Reis Novais, ao citar o exemplo do Acórdão n.º 39/84, diz que “uma coisa seriam as normas constitucionais de natureza programática, de realização diferida no tempo e, portanto, de vinculatividade jurídica mais atenuada, e outra coisa são as normas constitucionais que impõe ao Estado a realização de tarefas concretas e definidas no âmbito da realização dos direitos sociais”. In *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 197.

⁶⁰ Sobre a Constituição dirigente e as tarefas do Estado, entre tantos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, pp. 166 e ss..

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 27.

⁶² A Lei Fundamental de Bonn reconheceu a proteção à maternidade (artigo 6.º, n.º 4) e à filiação (artigo 6.º, n.º 5). Para os demais direitos sociais, além de decisões do Tribunal Constitucional Federal, resta a aplicação do artigo 20.º, n.º 1, sobre o Estado Social, com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor intangível e a obrigação de todo o poder público em respeitá-la (artigo 1.º, n.º 1).

Lei Fundamental não acompanhou a evolução histórica das políticas sociais de Bismark, nem a positivação dos direitos sociais na Constituição de Weimar⁶³.

Embora a positivação não seja determinante para a efetivação do bem-estar social – e, nesse ponto, a Alemanha é um bom exemplo de um país que atingiu níveis sociais satisfatórios –, a não inclusão gera debates sobre a sua natureza e justiciabilidade⁶⁴.

Uma outra dicotomia sobre a positivação é o conceito de “ordem-moldura” e “ordem-fundamento” da Constituição. Ao rebater os argumentos de Böckenförde, Alexy apresenta a diferença entre os dois modelos.

Como “ordem-moldura”, a Constituição não contém deveres nem proibições que limitam a função do legislador. Se o legislador obedecer às previsões constitucionais em relação à competência, ao procedimento e à forma, tudo é permitido. Trata-se da discricionariedade estrutural caracterizada por aquilo que é facultado. Também se pode referir à discricionariedade substancial, quando o que está em voga é a configuração da norma constitucional, isto é, o que o texto constitucional obrigar ou proibir. A metáfora se baseia na ideia de um quadro, com molduras estabelecendo limites, porém, o que está dentro da moldura seria de atribuição do legislador ordinário⁶⁵.

O conceito de “ordem-fundamento” divide-se em sentido quantitativo, quando a Constituição não faculta ao legislador a escolha da opção política, porque existe um dever ou uma proibição para tudo. E, em sentido qualitativo, quando por meio da Constituição delibera-se situações fundamentais para a coletividade⁶⁶.

Resume Alexy que, com base na teoria dos princípios, uma boa Constituição concilia “ordem-moldura” e “ordem-fundamento”, porquanto obriga e/ou proíbe determinadas condutas, como uma moldura, aceita discricionariedades e define questões essenciais para comunidade⁶⁷.

⁶³ Vitalino Canas aponta uma “opção aparentemente incoerente” do direito alemão. Sobre as consequências da não positivação de um rol extenso de direitos sociais e a jurisprudência constitucional, o Professor menciona que “ao legislador é reconhecida uma amplíssima margem de conformação do próprio conteúdo dos direitos sociais [...] sem a consagração constitucional direta, cada direito tem um fundamento próprio, seja nos princípios do Estado social e da dignidade da pessoa humana, seja em outras considerações [...]” In *Proibição do excesso, proibição do defeito e garantia do conteúdo mínimo nas colisões de direitos sociais*. Revista de Direito Público, Volume n.º 19, n.º 101, jan/mar 2022, pp. 610-611.

⁶⁴ Destaca-se a lição de Luigi Ferrajoli ao dizer que graças à rigidez das constituições a legalidade está condicionada a aspectos substanciais e não apenas formais, tratando-se de uma proteção jurídica que impõe limites e vínculos ao legislador. In *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: México, 2006, p. 6.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 579-583.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 583-584.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 584.

Feitas tais ponderações, apresenta-se as principais possibilidades de positivação dos direitos sociais, inicialmente, de acordo com a doutrina de Canotilho.

Os direitos sociais como normas programáticas. A função é política e serve de diretriz para a realização dos objetivos do Estado. Canotilho destaca como ponto positivo a possibilidade de utilizar um fundamento constitucional para regular os direitos sociais. Contudo, adverte que, em razão da interpretação como princípios, as normas programáticas estão sujeitas à análise da conveniência e da discricionariedade no momento da implementação⁶⁸. E é justamente na definição dos direitos sociais enquanto normas-fins ou normas-tarefas do Estado, ou ainda, como imposição de legislar, que surgem as controvérsias quanto à sua aplicabilidade e eficácia⁶⁹.

Bernal Pulido destaca que as normas programáticas se baseiam em três argumentos: i) em filosofia política, visto que o objetivo é a proteção da liberdade; ii) na indeterminação da norma, porquanto os objetivos da norma social são alcançados por um número infinito de possibilidades, sem a determinação de qual é o grau de satisfação; e iii) na separação dos poderes, considerada a mais importante pelo Autor, porque a escolha do meio competiria ao legislador, de forma que, em uma etapa inicial, não caberia ao Tribunal Constitucional imiscuir-se no mérito da opção⁷⁰.

Os direitos sociais como normas de organização. A norma dividiria e atribuiria as competências ao legislador, estabelecendo as diretrizes, para que, uma vez organizada a divisão, o poder público pudesse efetivar os direitos sociais⁷¹. Gilmar Mendes complementa que o direito à organização e ao procedimento se refere àquele que depende da criação e da conformação de órgãos públicos, tratando-se de elemento nuclear para realização do direito fundamental⁷².

Adverte, Sarlet, para a controvérsia sobre a possibilidade de exigir do Estado a criação da “organização” ou do “procedimento”, com a edição de atos legislativos, e se a obrigação poderia consistir em um direito subjetivo do cidadão⁷³.

As normas sociais como garantias institucionais. Nesse modelo de positivação, a garantia seria uma exigência destinada ao legislador para que respeitasse a essência da

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., pp. 474-475.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 289.

⁷⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., pp. 365-369.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 475.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 725.

⁷³ Sarlet estabelece que essas normas “reforçam a tese de que os direitos fundamentais, para além de outorgarem legitimidade ao Estado de direito democrático, possuem um caráter democrático que, no contexto da dimensão organizatória e procedimental, se manifesta justamente no reconhecimento de uma democracia com elementos participativos”. In *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 201-204.

instituição e, ao mesmo tempo, protegesse-a em atenção aos dados sociais, políticos e econômicos⁷⁴.

Por fim, as normas sociais como direitos subjetivos públicos, o que geraria direitos reflexos ao cidadão⁷⁵. Há, porém, divergência em parte da doutrina em considerar os direitos de natureza prestacional como direitos subjetivos, em razão das diversas peculiaridades para sua concretização. Canotilho descreve que o problema está posto pois o direito subjetivo se vincula à atualidade, à aplicação imediata, à determinabilidade do destinatário e à justiciabilidade desse direito, qualidades que faltam aos direitos prestacionais⁷⁶.

Cristina Queiroz descreve os seguintes modelos de positivação dos direitos fundamentais sociais: i) normais sociais como tarefas legislativas; ii) normas sociais como determinações dos fins do Estado; iii) normais sociais como tarefas constitucionais; e iv) normas sociais como princípios diretivos.

Descreve, ainda, duas consequências da norma positivada: i) a positivação não garante uma posição jurídica subjetiva, uma vez que se dirige prioritariamente ao Estado; e ii) os direitos sociais constituem normas jurídicas vinculantes, cuja medida e intensidade variarão de acordo com o grau de abstração e determinação com que a norma foi formulada.

Bernal Pulido, para além da norma programática, aborda outras quatro formas de positivação: i) as que consideram as normas fundamentais como finalidade do Estado; ii) as que as consideram como deveres estatais objetivos; iii) as que estabelecem posições jurídicas definitivas; e iv) as normas com caráter *prima facie*, o que permitiria restrições legislativas, desde que proporcionais, o que remete à proibição de insuficiência⁷⁷.

Considerando o modelo que gera maior debate, expõe-se mais algumas ideias sobre os direitos sociais enquanto normas programáticas.

Sarlet parte da premissa de que todas as normas da Constituição caracterizadas como de cunho programático têm em comum o fato de reclamarem a adoção de medidas legislativas para sua efetivação⁷⁸. São normas que apresentam baixa densidade normativa ou normatividade débil para a plena eficácia. Porém, ao mesmo tempo, não são

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 475.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., pp. 475-476.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos* cit., p. 65.

⁷⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., pp. 363 e ss..

⁷⁸ Sarlet opta por utilizar a expressão genérica de “norma constitucional de cunho programático” no lugar de “norma programática”, pois nela se enquadraria todas as formas de normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim). In *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 300.

compreendidas como normas que apenas proclamam sugestões ideológicas ou políticas. Isso porque, as normas que fixam as tarefas ou objetivos do Estado são autênticas normas jurídicas⁷⁹.

Dito de outra forma, ao serem inseridas na Constituição, as normas de direitos sociais não devem ser vistas simplesmente como programáticas, pois passam a serem “valores constitucionais”⁸⁰. Nos dizeres de Paulo Otero: “A Constituição nega ao Estado, por conseguinte, qualquer poder de optar entre implementar ou não o bem-estar ou de o fazer sem respeito pelos parâmetros constitucionais”⁸¹.

Ao analisar a constitucionalização de normas programáticas, Carlos Blanco Morais discorre que no plano ontológico a lei não é mais uma regra de “justa conduta”, porque passou a regulamentar todo um sistema de exigências sociais. Em relação ao conteúdo, a norma não é de caráter geral, uma vez que precisa assegurar exigências especiais e singulares⁸². Também não se olvida, considerando o amplo campo dos direitos sociais, que mais de uma forma de positivação pode ser interpretada. E, ainda, que o caráter dirigente da Constituição portuguesa impõe verdadeiras tarefas ao Estado.

1.3 A dimensão subjetiva e objetiva

O estudo dos direitos sociais leva à discussão sobre a existência de um direito subjetivo da sociedade ou do indivíduo à prestação estatal, o que caracterizaria um dever objetivo do ente público em relação ao cidadão. Embora seja “certo que o reconhecimento de direitos subjetivos significa um maior grau de realização que o simples estabelecimento de um dever objetivo”⁸³, a questão é controversa e tem como resultado prático a (in)exigibilidade dos direitos sociais. Trata-se da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, ao serem considerados direitos subjetivos individuais e elementos objetivos ao Estado⁸⁴.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 300-301.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 127.

⁸¹ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português* cit., p. 101.

⁸² MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de direito constitucional. Teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2018, p. 103.

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 454.

⁸⁴ Entre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 147; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 105.

José Afonso da Silva discorre que o fenómeno de “subjetivação” e de “positivação” dos direitos sociais inicia a partir do momento em que a ordem social adquire dimensão jurídica com o tratamento sistemático no texto constitucional⁸⁵.

Canotilho discorre sobre o tema afirmando que os direitos sociais são “autênticos direitos subjectivos” do cidadão, a despeito da justiciabilidade e da imediata exequibilidade. Direitos à seguridade social (artigo 63.º), à saúde (artigo 64.º), à educação (artigo 73.º) possuem a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias, com proteção contra qualquer agressão estatal ou de particular. Apesar da dimensão subjetiva, quando se analisa questões práticas, os direitos sociais possuem uma dimensão objetiva, caracterizada em duas formas: i) por imposições ao legislador ordinário para criar as condições materiais e institucionais; e ii) a entrega de prestações ao cidadão^{86 87}.

O Professor de Coimbra aponta para uma certa presunção de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, o que, por consequência, aponta para o dever objetivo do Estado de organização⁸⁸.

Luís Prieto Sanchís ao trabalhar o conteúdo da norma social, afirma que a dimensão objetiva prepondera sobre a subjetiva nos direitos sociais. Acrescenta que as demandas objetivas partem da ideia de Estado Social e que, somente mais tarde, com esforço estatal, seriam articuladas como direitos subjetivos através da imposição de metas e de tarefas⁸⁹. Sobre a dimensão subjetiva, o Autor espanhol aponta a dificuldade de construir posições subjetivas autênticas em razão do impasse sobre a reivindicação na esfera judicial, o que concede maior liberdade de configuração ao poder público^{90 91}.

⁸⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 140.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 476; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente* cit., p. 367.

⁸⁷ O Tribunal Constitucional Português, no Acórdão n.º 39/84, de relatoria do Conselheiro Vital Moreira, sobre alterações do Serviço Nacional de Saúde, acerca do direito social, assim se manifestou: “Em abstracto, o direito à protecção da saúde — doravante designado abreviadamente por direito à saúde —, tal como a generalidade dos restantes «direitos sociais» em cuja categoria genérica se integra, comporta, entre o mais, duas componentes distintas, a saber: a) Uma, que se pode designar por vertente negativa, consiste em dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e em particular o Estado) actue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral; b) Outra, a que se poderá chamar vertente positiva, consiste em conferir ao cidadão direito a exigir do Estado a actividade e as prestações necessárias para salvaguardar a saúde e tratar as doenças”.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., pp. 1257-1258.

⁸⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales* cit., p. 19.

⁹⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales* cit., pp. 43 e ss..

⁹¹ Para Tiago Fidalgo de Freitas, os direitos sociais são direitos a prestações positivas, porém, quando somente derivem da Constituição, sem a legislação que os consagram, são “meras prestações jurídicas ainda não concretizadas” e não direitos subjetivos. In *O princípio da proibição de retrocesso social. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 796.

Assim, fala-se em uma correlação entre direitos fundamentais sociais e deveres positivos, o que remete para a teoria *hohfeldiana*. No conhecido trabalho *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Hohfeld critica o uso equivocado de vocábulos jurídicos ou não-jurídicos como se sinônimos fossem. Por isso, apresenta oito conceitos (*right, duty, privilege, no-right, power, liability, immunity, disability*) que se relacionam em oposição e em correlação, além de serem classificados de forma ativa (direitos e deveres) e passiva (deveres e sujeições)⁹².

Na lógica *hohfeldiana*, o direito social seria uma pretensão (*claim*) que tem um dever correlato, no caso, o dever do Estado de criar mecanismos e condições para a efetivação daquela demanda^{93 94}. Isso criaria os “pressupostos jurídicos” e “pressupostos de facto” dos direitos fundamentais sociais^{95 96}.

Juan Antonio Parcero discorre que muitas vezes se fala em “direitos sociais”, embora não se considere tecnicamente um direito subjetivo, podendo ser, na lógica *hohfeldiana*, alguma pretensão (*claim*), privilégio, poder ou imunidade, o que traduziria as demandas do indivíduo ou de um grupo em relação ao Estado⁹⁷. Contudo, ao existir um direito devidamente estabelecido, comporta-se todas as variáveis possíveis de ação para a satisfação da pretensão⁹⁸.

Sobre a subjetivação de um direito fundamental de proteção e o dever estatal, Canotilho leciona que a situação se encaminha para três posições básicas: i) os direitos de proteção baseados em deveres objetivos são posições jurídico-objetivas; ii) os direitos de proteção são posições jurídico-objetivas e, somente em situações evidentes e concludentes, poderão ter uma dimensão jurídico-subjetiva; e iii) os direitos de proteção

⁹² HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. The Yale Law Journal, Volume 26, n.º 8, 1917, pp. 710 e ss..

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 204-207.

⁹⁴ Em sentido contrário, Carlos Blanco de Moraes afirma que as normas programáticas “impõem primariamente deveres não especificados de actuação aos poderes públicos que não tem como correlação um direito subjetivo individual”. In *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., p. 603.

⁹⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais* cit., p. 81. Em complemento, Gonçalo de Andrade Fabião discorre que o direito a ações positivas possui duas classificações: i) direito a ações fáticas que implica no cumprimento de normas; e ii) direito a ações normativas que implica na criação de um ato normativo. In *Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LVIII, 2017/2, p. 83.

⁹⁶ Cristina Queiroz expõe o seguinte exemplo: o direito à habitação (artigo 65.º) possui uma dupla natureza, com um domínio jurídico objetivo e um direito subjetivo autêntico. Ninguém pode ser privado de conseguir uma habitação (direito de defesa). Ao mesmo tempo, o direito à habitação consiste no direito de obtê-la, por meio de atitudes do poder público, como linhas créditos, construções populares e outros, o que impõe um dever objetivo ao Estado. In *Direitos fundamentais sociais* cit., pp. 82-83.

⁹⁷ PARCERO, Juan Antonio Cruz. *Los derechos sociales como técnica de protección jurídica*. In *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Organización Miguel Carbonell et al.. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 92-93.

⁹⁸ DUARTE, David. *Gains and losses* cit., p. 56.

são direitos subjetivos caso eles transportem dimensões materiais necessárias à proteção de bens assegurados por normas de direitos fundamentais.

Canotilho aponta que qualquer uma das três posições apresenta dificuldades dogmáticas. A primeira posição refuta a dimensão subjetiva e diminui a vinculação do legislador ao texto constitucional. A segunda posição traz o problema de saber quando um caso é evidente. Por fim, a terceira posição se resume à proteção do particular⁹⁹.

Destaca-se, aqui, uma outra diferença, entre a estrutura conjuntiva e a estrutura disjuntiva. Os direitos negativos estão correlacionados com um dever de omissão, de não interferência, de ações proibidas, em uma estrutura conjuntiva. Os direitos positivos estão correlacionados com deveres positivos, em uma estrutura disjuntiva de ações de promoção e proteção, sem a imposição de uma ação determinada, mas sim de ações para um determinado objetivo^{100 101}.

Jorge Reis Novais, ao descrever a relevância jurídica dos direitos sociais e os diferentes modelos, faz uma distinção entre aqueles que apenas reconhecem a dimensão objetiva e os que excepcionalmente admitem uma dimensão jurídico-subjetiva. Na dimensão objetiva, encontram-se os seguintes modelos: i) o que não atribui relevância jurídica, apenas política; ii) o que limita o controle de constitucionalidade à mera advertência; e iii) o que reduz os direitos sociais a normas programáticas. Já na dimensão subjetiva: i) a proteção dos direitos sociais está em princípios constitucionais; ii) garante-se um mínimo existencial; e iii) a proteção dos direitos sociais está baseada no princípio da vedação do retrocesso¹⁰².

E, apesar de possuírem uma dimensão subjetiva, os direitos sociais reclamam vertentes negativas, como, por exemplo: i) o direito social não pode ser imposto ao indivíduo, como, por exemplo, a obrigação de um tratamento médico; ii) a Constituição

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Omissões normativas e deveres de protecção*. In *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 121.

¹⁰⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade. A operação da ponderação, a proporcionalidade como norma reguladora e as condições para a deferência judicial*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2023, pp. 867-868.

¹⁰¹ Nesse sentido, extrai-se da obra de Jorge Sampaio: “Com base na grelha de análise *hohfeldiana* e na conceptualização de matriz *alexiana*, afirmou-se que os direitos fundamentais positivos são atribuídos por normas constitucionais primárias modalizadas de forma *impositiva*, e consubstanciam genericamente *direitos-pretensão fundamentais (i)* à satisfação de um interesse ou *(ii)* ao aproveitamento de um bem por parte de um sujeito distinto daquele sobre o qual se projecta a estatuição da norma constitucional, ou seja, daquele a quem está cometida a acção imposta pela efeito da norma”. In *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 865-866.

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 3.^a ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 59 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., pp. 211 e ss..

não pode impedir o direito de participação, salvo em casos expressos e fundamentados; iii) ao poder público é proibido atrapalhar o acesso a um direito social, por meio de condutas arbitrárias; e iv) a proibição de particulares de obstarem o gozo de um direito social de um terceiro¹⁰³.

A dupla dimensão dos direitos sociais é vista da própria redação do texto constitucional. Diversos artigos do Título III da Constituição da República Portuguesa começam com a expressão “Todos têm direito...”¹⁰⁴ e, na sequência, descrevem a incumbência do Estado com a expressão “Incumbe ao Estado...”¹⁰⁵. Há uma técnica de subjetivação que se traduz em um caráter qualitativo do direito posto. Nesse sentido, para o direito do cidadão (dimensão subjetiva) há a correspondente obrigação do Estado (dimensão objetiva)¹⁰⁶.

Como visto, todos os direitos, o que inclui direitos de liberdade e direitos sociais, possuem dimensões subjetivas e objetivas e, em que pese a querela acerca da preponderância da dimensão subjetiva ou objetiva no âmbito dos direitos prestacionais, a diferença não deve atingir o núcleo essencial da norma, sob pena de fragilizar a proteção do indivíduo.

1.4 A problemática dos direitos sociais enquanto direitos prestacionais

Após positivados e com a devida estrutura normativa, surge a questão sobre a eficácia dos direitos sociais. Se os direitos de liberdade, na maioria das vezes, não suscitam dúvidas quanto à aplicação imediata, isso não ocorre com os direitos prestacionais¹⁰⁷. Para alguns críticos, dentro da estrutura constitucional, à Constituição

¹⁰³ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 128.

¹⁰⁴ Exemplos: artigo 58.º, n.º 1 (trabalho); artigo 63.º, n.º 1 (seguridade social); artigo 64.º, n.º 1 (saúde); artigo 65.º, n.º 1 (habitação).

¹⁰⁵ Exemplos: Artigo 59.º, n.º 2; artigo 63.º, n.º 2; artigo 64.º, n.º 3; artigo 65.º, n.º 2.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* cit., p. 129.

¹⁰⁷ Gonçalo de Almeida Ribeiro ao discorrer sobre as principais críticas para a alegada força jurídica menor dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade, elenca que os direitos sociais: “i) não têm uma carga axiológica equiparável aos direitos de liberdade; ii) não carecem da proteção jurídica reforçada dispensada aos direitos de liberdade; e iii) não possuem as características estruturais em virtude das quais se lhes pode aplicar o regime constitucional dos direitos de liberdade”. In *Controle judicial das restrições aos Direitos Sociais*. Revista E-pública, Volume 7, n.º 3, 2020, p. 68.

compete à proteção aos “direitos negativos”, e não aos “direitos positivos”, isto é, sem qualquer garantia privada de exigência de proteção por parte do Estado¹⁰⁸.

Como ponto de partida, aponta-se que Portugal e Brasil elencaram os direitos sociais de forma diversa em suas Constituições, o que remete à discussão sobre a unidade dogmática.

Em que pese a corrente majoritária da doutrina portuguesa que diferencia os direitos, liberdades e garantias dos direitos sociais, uma corrente minoritária, com importante participação do Professor Jorge Reis Novais, traz o pensamento de uma unidade dogmática, o que colocaria os dois blocos de direitos em igualdade.

Para a corrente minoritária, a classificação dos direitos seria irrelevante por vários motivos, entre eles: a necessidade de efetivação dos direitos sociais para garantia da dignidade da pessoa humana; a força normativa da Constituição que prevê os direitos sociais; a vinculação do legislador ordinário e do poder público em atender as demandas prestacionais¹⁰⁹.

A tese da indivisibilidade reforça a proteção jurídica, deixando de considerar os direitos sociais como um “direito fraco” frente aos direitos de liberdade e, principalmente, reforça a reivindicação perante os poderes públicos.

Não obstante os relevantes argumentos, no caso português, entende-se que prevaleçam, de fato, dois sistemas, um para o que seriam os direitos fundamentais de primeira geração e outro para os direitos de segunda geração. A própria estrutura do texto constitucional de 1976 deixa clara a intenção do constituinte à época, embora até hoje se discuta os efeitos dessa decisão, pois se mantêm ausentes respostas concretas sobre como e em qual grau compete ao Estado satisfazer as expectativas sociais¹¹⁰. Trata-se, pois, de uma decisão constituinte¹¹¹.

Carlos Blanco de Moraes aponta dois critérios constitucionais para a diferença de regimes. O primeiro de ordem orgânica, em razão da reserva relativa de competência da Assembleia da República para os direitos, liberdades e garantias, enquanto os direitos sociais não estão na mesma reserva. O segundo critério seria a aplicação direta dos

¹⁰⁸ SUNSTEIN, Cass. *Social and economic rights? Lessons from South Africa*. Chicago: University of Chicago Law School, 2001, p. 2.

¹⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, dois sistemas* cit., pp. 29 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., pp. 301 e ss..

¹¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 377.

¹¹¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Lei e Sentença: separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição portuguesa*. Volume II. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 269.

preceitos constitucionais dos direitos, liberdades e garantias¹¹², o que não poderia ser invocado aos direitos sociais em razão da necessidade de condições políticas, jurídicas, financeiras¹¹³. Acrescenta o Professor que a unidade dogmática tenta transferir ao Tribunal Constitucional a garantia dos direitos sociais^{114 115}.

No caso brasileiro, a não separação em estruturas distintas “dos direitos e deveres individuais e coletivos” a dos “direitos sociais”, acrescida da disposição constitucional de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹¹⁶, também repercute na problemática dos direitos prestacionais, uma vez que, apesar de eventual aplicação imediata, a efetivação depende de uma série de outros fatores. Entretanto, da mesma forma que a Constituição portuguesa, permanece a imposição constitucional de concretizar as tarefas do Estado e o objetivo de criar o bem-estar comum.

Canotilho discorre que a função prestacional possui três núcleos problemáticos. O primeiro se refere aos direitos sociais originários, isto é, se o indivíduo tem uma pretensão diretamente oriunda de uma norma constitucional. Cita, a título de exemplo, a (im)possibilidade de exigir uma casa considerando o direito constitucional à habitação. O segundo problema se refere aos direitos sociais derivados, ou seja, o direito de exigir a atuação do legislador para concretizar normas sociais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. O terceiro problema remete ao item anterior deste trabalho, pois se refere a saber se os direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão objetiva, porque impõem a criação de políticas públicas^{117 118}.

Sobre a posição do cidadão frente ao Estado, recorda-se a teoria dos quatro *status* formulada por Georg Jellinek, com ênfase ao *status positivus*¹¹⁹.

¹¹² Artigo 18.º, n.º 1, Constituição da República Portuguesa.

¹¹³ MORAIS, Carlos Blanco de. *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. Revista E-pública, Volume 1, n.º 3, dez/2014, pp. 66-67.

¹¹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional* cit., pp. 555 e ss..

¹¹⁵ Defensor da unidade dogmática, Jorge Reis Novais discorre que a indeterminabilidade das normas constitucionais de garantia dos direitos sociais limita a atuação do Tribunal Constitucional, porém ressalta que a Constituição fixa incumbências ao Estado. Logo, é possível verificar tanto a inconstitucionalidade por omissão, quando o Estado simplesmente não dá cumprimento, quanto à inconstitucionalidade por ação, no caso de supressão ou restrição de direitos sociais outrora realizados. In *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 301-302.

¹¹⁶ Artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., pp. 408-409.

¹¹⁸ Em razão da necessidade de intervenção legislativa, Gonçalo de Almeida Ribeiro diz que os direitos sociais incidem sobre “bens artificiais”, enquanto os direitos de liberdade sobre “bens naturais”. In *Controle judicial das restrições* cit., p. 78.

¹¹⁹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2.ª ed. Tübingen: Mohr, 1905, pp. 114-135.

No *status* passivo ou *status subjectionis*, o indivíduo possui deveres e está subordinado ao Estado que pode proibir determinadas condutas. No *status negativus* ou *status libertatis*, o indivíduo exerce os direitos de liberdade e de defesa frente ao Estado e contra os abusos. No *status activus*, o indivíduo participa da tomada das decisões políticas.

No *status positivus* ou *status civitatis*, que guarda relação à questão dos direitos sociais, o cidadão tem o direito de exigir do Estado prestações positivas¹²⁰. Alexy comenta que no *status positivus* o Estado garante pretensões ao cidadão e cria mecanismos jurídicos para esse fim. Isso significa, em síntese, que o indivíduo tem direito a algo e o Estado tem a competência no que se refere ao cumprimento¹²¹.

Conforme Pérez Luño, à medida que o cidadão adquire consciência de que o real usufruto de direitos e liberdades depende de níveis de bem-estar social, começa-se o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais para garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana¹²².

Cristina Queiroz subdivide o *status positivus*, entendendo-o como “direitos a prestações em sentido amplo”, em *status positivus libertatis*, que, por sua vez, divide-se em “pretensões de protecção” e “participação procedimental”, o que inclui protecção jurídica, e em *status positivus socialis*, entendendo-o como “direitos de participação em sentido estrito”¹²³.

Com base na teoria de Jellinek, sobre o direito de exigir (*status civitatis*), Jorge Miranda apresenta o seguinte quadro¹²⁴:

Direitos Fundamentais	Direitos de Exigir	Direitos de exigir prestações ou comportamentos positivos ¹²⁵	Prestações jurídicas (ex.: produção de normas)
			Prestações materiais (ex.: direitos sociais)

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 162.

¹²¹ ALEXY, Robert. *A teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 263-267.

¹²² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8.ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 25.

¹²³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais* cit., p. 40; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 88.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 110.

¹²⁵ Alexy divide “direitos a ações positivas” em “ações fáticas” e “ações normativas”. In *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 201-203.

O Professor Catedrático, contudo, aponta as dificuldades uma vez que, enquanto a maior parte dos direitos, liberdades e garantias são preceptivos e exequíveis por si, os direitos sociais são normas programáticas cujas modificações económicas e sociais são imprescindíveis para sua realização, o que gera inúmeros problemas, como a diferença de densidade constitucional, pois os direitos, liberdades e garantias possuem um conteúdo determinado ao nível constitucional e os direitos sociais um conteúdo determinado por escolhas legislativas¹²⁶.

Frente ao quadro apresentado, questiona-se então se a Constituição pode definir o grau, a quantidade e o meio de realização da prestação jurídica e da prestação material. A resposta é negativa. Como menciona Vieira de Andrade, em uma democracia pluralista os direitos a prestações são os fins políticos de realização gradual¹²⁷. Os direitos sociais são prospectivos, planejam o futuro e são realizados de forma progressiva, o que não permite a inércia do legislador¹²⁸.

A problemática dos direitos prestacionais envolve parâmetros de interpretação, integração e aplicação das normas¹²⁹, razão pela qual Canotilho e Vital Moreira afirmam que quando houver dúvidas sobre a extensão do direito, aplica-se a interpretação mais extensiva¹³⁰.

A controversa dos direitos sociais como direitos prestacionais, para além do conteúdo da norma, dos modelos de positivação e das dimensões, está envolta em questões sobre a dispensa e a escassez de recursos públicos, a dificuldade de verificar o grau e o momento da omissão estatal, razão pela qual se dedica o próximo capítulo à continuação do estudo sobre os elementos fáticos e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

¹²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV cit., pp. 100 e ss..

¹²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 175.

¹²⁸ Sem olvidar a controvérsia, Sarlet afirma que “os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interpositio legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva”. In *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 305-306.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 305.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* cit., p. 131.

2 Custos, omissões e a fiscalização do Tribunal Constitucional no âmbito dos direitos sociais

Dedica-se agora a analisar o custo dos direitos e a escassez de recursos públicos, uma vez que não há “direito grátis”¹³¹ e os recursos do Estados são finitos, enquanto as necessidades sociais são infinitas. Apresenta-se a teoria da reserva do possível e as suas consequências.

Após, discorre-se sobre as omissões e a questão da discricionariedade política, ao passo que se tenta fixar um limite para o não agir do legislador. Aborda-se, ao final, o processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, inclusive com um quadro comparativo entre Portugal e Brasil.

2.1 O custo dos direitos, as limitações e a escassez de recursos

Stephen Holmes e Cass Sunstein, na obra sobre o custo dos direitos, afirmam: “*Taking rights seriously means taking scarcity seriously*” e “*Rights are costly because remedies are costly*”¹³². Parte-se da premissa de que todos os direitos possuem um custo; por outro lado, também há sempre algum grau de escassez de recursos e de insatisfação com a prestação fornecida. Inovações tecnológicas, mudanças no mercado de trabalho, avanço da inteligência artificial, crises climáticas, entre tantos outros fatores, fazem surgir novas demandas.

O Estado Social está em constante estado de omissão social. Como bem destacado por Paulo Otero, “não existem recursos financeiros que permitam continuar a sustentar um modelo público de bem-estar social ascendente e ilimitado”¹³³.

Para além da divergência sobre a unidade dogmática, abordada no capítulo anterior, mesmo os direitos de liberdade, com característica negativa, possuem um custo. Há dispêndio de recursos financeiros para custear, por exemplo, as forças de segurança e

¹³¹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 559.

¹³² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton Company, 1999, pp. 43 e 94.

¹³³ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais* cit., p. 467.

o sistema de justiça que garantem o direito à liberdade ou à propriedade privada. De igual forma, há um custo para os direitos políticos, através da manutenção de um sistema eleitoral e partidário.

Conforme menciona José de Melo Alexandrino, “há direitos (por serem fáctica e juridicamente realizáveis) cuja observância depende apenas da vontade política do Estado e há direitos que dependem de factores que o Estado em grande medida não domina”, estes últimos configuram uma pretensão sob a reserva do possível¹³⁴.

Diferente dos direitos sociais, onde o custo se refere à prestação de um serviço, a fim de fornecer condições mínimas para uma vida digna, diminuir as desigualdades e manter o bem-estar social, o custo dos direitos de liberdade se refere à própria existência do Estado. A redução dos custos dos direitos de liberdade a um patamar mínimo colocaria em risco a soberania do Estado. Não é possível calcular o custo de uma vida ou de uma liberdade; porém, é possível orçar o custo de uma habitação, de um sistema de saneamento básico ou da construção de uma unidade escolar.

Não obstante se possa objetar que o custo dos direitos fundamentais de primeira geração seja irrelevante, isso não quer dizer que eles não possuem um preço. Entretanto, a questão financeira não é apresentada como obstáculo para a garantia dos direitos de liberdade, enquanto nos direitos sociais, rotineiramente, a barreira financeira é utilizada como justificativa.

Uma outra premissa se situa no direito legítimo do cidadão em pleitear acesso a melhores serviços e a aspirar a uma vida melhor. O indivíduo direciona, quando não é possível satisfazer suas necessidades por si, a incumbência à sociedade e ao Estado. O Estado, contudo, não produz riqueza, o que ele faz é gerir o orçamento, direcionar os valores e implementar as políticas públicas de efetivação dos direitos sociais.

Quando se analisa as condições do Estado e as prestações sociais a serem concretizadas, a reserva do possível é o principal argumento utilizado para responder a impossibilidade de satisfazer todas as demandas. E aqui também se fixa a premissa de que o argumento é justo e atual, não se tratando de mera falácia. Entretanto, não pode ser utilizado de maneira indiscriminada¹³⁵.

Desde o julgamento do caso *Numerus Clausus I* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha¹³⁶, que analisou o acesso (ir)restrito ao ensino superior, com

¹³⁴ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos* cit., pp. 240-241.

¹³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 131.

¹³⁶ *BVerfGE* n.º 33/303.

argumentos como igualdade, escolha profissional, bem-estar social e reserva do financeiramente possível, diversas Cortes Constitucionais adotaram a reserva do possível (*der Vorbehalt des Möglichen*) como critério para analisar aquilo que o indivíduo pode exigir da coletividade e do Estado^{137 138}.

Ingo Sarlet e Arnaldo Godoy apontam que o famoso julgamento concluiu pelo respeito aos limites da capacidade prestacional do Estado, pois era economicamente inviável assegurar um direito ilimitado ao ensino superior. Logo, “o indivíduo não tem o direito de exigir do poder público algo manifestamente desarrazoado”¹³⁹. Apesar da importância da decisão, trazendo o caso para atualidade, as dificuldades permanecem as mesmas, como, por exemplo, definir o que é razoável esperar do Estado, qual o limite mínimo de atuação estatal, quais as condições necessárias para satisfação de um direito social frente à escassez de recursos.

Jorge Sampaio, ao tratar sobre a proibição de insuficiência e a norma de proporcionalidade, aponta três estados de escassez possíveis. O primeiro é a “escassez moderada”, quando os recursos, limitados para atender a integralidade das vontades, são suficientes para acolher as necessidades mínimas. O segundo é a “escassez severa”, quando os recursos são insuficientes inclusive para as necessidades básicas. Por fim, a hipotética “escassez suave”, caso os recursos sejam tão abundantes que seria possível, além das necessidades básicas, atender os desejos individuais¹⁴⁰.

A “escassez moderada”, a situação fiscal mais comum, conduz a análise da discricionariedade política, porque não há recursos para tudo. Logo, é preciso verificar se a escolha do Estado se mostra excessiva ou insuficiente para os parâmetros mínimos. Jorge Reis Novais menciona que nessa situação de escassez, “nunca há dinheiro, mas também que há sempre dinheiro”, visto que há uma multiplicidade de necessidades e existe a possibilidade de transferir recursos de uma prestação para outra¹⁴¹.

Em uma situação de “escassez moderada” vige o brocardo *ultra posse nemo obligatur*, pois a obrigação jurídica da prestação social constitui um dever dependente da possibilidade de pagamento o que, inclusive, tem consequências sobre a exigibilidade

¹³⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 656 e ss..

¹³⁸ Segundo Canotilho, “a reserva do possível logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovamentos no capítulo dos direitos sociais”. In *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”* cit., p. 107.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história constitucional da Alemanha* cit., pp. 333-334.

¹⁴⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 892-893.

¹⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 124.

judicial¹⁴². Observa-se, então, a definição das prioridades, as escolhas políticas realizadas e os conflitos que essas decisões causam.

Além disso, considerando a existência de escassez, a mera alegação da reserva do possível não é o bastante para afastar a pretensão, porquanto, em caso de negativa, cabe ao Estado demonstrar aquilo que já fora feito e o porquê de não conseguir avançar na realização. O ônus da prova compete ao poder público e não ao cidadão, inclusive quando restringe um direito social para proteger outro¹⁴³. Haveria, assim, violação a um direito social se, caso o Estado tivesse condições de o garantir, não o fizesse.

O poder público não é obrigado a cumprir com o impossível, mas dentro daquilo que não é satisfeito e é considerado possível e razoável, a circunstância deve ser provada, e não presumida. Para provar, de acordo com Gerardo Pisarello, o Estado precisa: i) demonstrar que utilizou o máximo dos recursos disponíveis para satisfazer o direito social; ii) difundir informações sobre a situação das necessidades existentes; iii) executar o plano existente e formular planos para o futuro; e iv) apresentar um plano de médio e longo prazo para atender os grupos mais necessitados¹⁴⁴.

A falta de recursos suficientes compele o Estado a executar o orçamento com eficiência, não sendo admissível o desperdício do recurso que já é escasso¹⁴⁵. Ao gestor público compete sopesar a métrica econômica e social do país e potencializar os recursos, a fim de reduzir os efeitos da reserva do possível, uma vez que “a reserva do possível há de ser encarada com reservas”¹⁴⁶.

Sobre a reserva do possível e a escassez de recursos, Canotilho aponta as seguintes consequências para a realização dos direitos sociais: i) a gradualidade da realização; ii) a dependência financeira e o respeito ao orçamento do Estado; iii) a liberdade de conformação do legislador em relação à escolha da política pública; e iv) a impossibilidade, *a priori*, de controle jurisdicional da política pública escolhida, salvo

¹⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 92; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições* cit., p. 140.

¹⁴³ MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., p. 670.

¹⁴⁴ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editora Trotta, 2007, p. 102.

¹⁴⁵ A eficiência é princípio básico da Administração Pública na Constituição Federal do Brasil (artigo 37.º). Na Constituição da República Portuguesa, a eficiência aparece como incumbência prioritária do Estado no âmbito econômico e social (artigo 81.º, alínea “c”) e na proteção à saúde (artigo 64.º, n. 3º, alíneas “b” e “d”).

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Organização Luciano Wolfgang Sarlet et al. 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32; BRANCO, Paulo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Brasília: Editora Saraiva, 2009, p. 272.

quando verificada contradição com a Constituição ou for manifestamente desarrazoada¹⁴⁷.

Em relação ao último item, a verificação de eventual ofensa à razoabilidade justifica-se quando a opção pública é insuficiente, o que, em um juízo de ponderação, aplica-se a proibição de insuficiência.

Canotilho ainda ressalta que a estrutura jurídica dos direitos sociais não é confundida com a questão do financiamento ou custo, porque a “reserva dos cofres do Estado” não confere o “grau zero” de vinculação jurídica dos direitos fundamentais sociais¹⁴⁸. Apesar da ideia de custo dos direitos sociais estar intimamente ligada à falta de recursos (ou reserva do financeiramente possível), existem outras limitações para a não concretização das demandas sociais.

Pode haver limitação material, quando, por exemplo, faltar matéria-prima ou fornecedores de determinado produto. Situação vivenciada à época da COVID-19 com a escassez de vacinas disponíveis no início da pandemia. Há reserva por limitação jurídica, caso exista alguma norma que obrigue ou impeça a prestação de certo direito ou defina uma prioridade em detrimento de outra. Isso também ocorre com a falta de previsão orçamentária e legal para determinado gasto na área social.

Há limitação em razão do ente público. Diferente de Portugal que adotou o Estado unitário, o Brasil constituiu-se como federativo, de forma que cada ente (união, estados e municípios) possui competências privativas e concorrentes para a prestação dos serviços sociais.

Ingo Sarlet sustenta uma dimensão tríplice da reserva do possível: i) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, com a repartição de receitas, inclusive, no caso brasileiro, com atenção ao federalismo; e iii) a proporcionalidade da prestação e a razoabilidade da expectativa. Assim, a reserva do possível atua como limite jurídico e fático, mas também como garantia em situação de conflitos, observada a proporcionalidade da medida adotada¹⁴⁹.

Jorge Sampaio aponta para a “ambiguidade semântica” sobre o que é reserva do possível, pois caberia duas acepções possíveis: i) a existência de uma limitação fática em

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”* cit., p. 108.

¹⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”* cit., p. 109.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 296.

relação ao dever das obrigações deontológicas oriundas das normas sociais; e ii) a existência de norma constitucional sobre as possibilidades financeiras estatais¹⁵⁰.

Independentemente do tipo de escassez ou de limitação, é sempre necessário considerar o custo do direito. O orçamento público impõe a necessidade de prestar contas dos gastos e até em que medida a sociedade está disposta a se sacrificar para isso. Conforme sugerem Stephen Holmes e Cass Sunstein, a teoria jurídica seria mais realista se considerasse a escassez dos recursos e o rol de direitos a serem concretizados¹⁵¹.

Sobre a questão do custo e do orçamento, é mister a autocontenção do judiciário quando a não prestação de um direito social chega ao sistema de justiça, sob pena de tornar o orçamento público em uma peça inútil, pois a escassez de recursos faz com que o atendimento de uma demanda implique no prejuízo de outras reivindicações. O Estado Social necessita, diante da incerteza de recursos disponíveis, adequar-se para que um patamar mínimo de prestações fundamentais seja mantido¹⁵².

E, nesse sentido, destaca-se a importância da elaboração e do debate sobre o Orçamento do Estado. Não à toa, o texto constitucional impõe que o orçamento seja realizado de acordo com as grandes opções de planejamento, devendo discriminar as despesas do Estado e o orçamento da segurança social¹⁵³. Consoante menciona Tiago Fidalgo de Freitas, os direitos sociais estão sob uma “reserva de orçamento politicamente oportuno” ou “politicamente adequado”, de realização gradual que pressupõe dotações orçamentárias que digam quando, como e quanto será realizado¹⁵⁴. Ademais, o orçamento é votado pelo parlamento democraticamente escolhido pela população e, ao vincular o Estado a dispendir certo recurso para a efetivação de determinado direito social, traz maior estabilidade social e previsibilidade.

Se é certa a escassez de recurso, preservar um direito social somente em situação de “reserva dos cofres cheios” significa afastar qualquer vinculação jurídica. Por isso,

¹⁵⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 895. O Autor ainda destaca que “a intuição de que as exigências normativas decorrentes dos direitos sociais, por envolverem o dispêndio de recursos financeiros, somente em condições muito excepcionais (para não dizer extremamente raras) seriam capazes de prevalecer normativamente sobre a NRFP (norma da reserva do financeiramente possível). Com efeito, tratando-se de um *conflito bi-normativo*, não é inteiramente óbvio por que razão os direitos sociais unicamente em situações muito raras seriam capazes de derrotar o princípio da capacidade financeira enquanto reserva do possível” (pp. 898-899).

¹⁵¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights* cit., p. 98.

¹⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., pp. 610-612.

¹⁵³ Artigo 105.º da Constituição da República Portuguesa; artigo 165.º da Constituição Federal do Brasil.

¹⁵⁴ FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O princípio da proibição de retrocesso social* cit., p. 795.

para tentar atenuar essa situação, vincula-se a pretensão social e as possibilidades do Estado à garantia do mínimo existencial e social¹⁵⁵.

2.2 O parâmetro de um mínimo existencial

Uma outra ideia quando se fala sobre o custo dos direitos é o respeito ao mínimo existencial¹⁵⁶. Conforme menciona Gonçalo Ribeiro ao comentar o Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional Português, sobre o “rendimento mínimo garantido”, posteriormente substituído pelo “rendimento social de inserção”, o termo “mínimo”, quando se fala de dignidade, sobrevivência ou subsistência, é redundante¹⁵⁷. O direito social é sempre um “mínimo” indispensável e não um “máximo” de sobrevivência. Ou seja, para o Autor, é um erro utilizar “mínimo” como sinônimo de adequado, suficiente ou apropriado^{158 159}.

Naquele acórdão, o Tribunal Constitucional fez afirmações sobre a “dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna, em paralelo com a sua dimensão negativa” e “um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações”. Afirmou que do princípio da dignidade humana

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 481.

¹⁵⁶ Acerca da controvérsia sobre o patamar do mínimo existencial, o artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”. Ainda nos textos normativos internacionais, a Carta de Ottawa de 1986, sobre promoção de saúde, aponta como pré-requisitos para as condições mínimas de existência: paz, abrigo, educação, alimentação, recursos económicos, ecossistema estável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., p. 73.

¹⁵⁸ Acerca do rendimento mínimo garantido, Canotilho menciona que “não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade”. In *Direito Constitucional* cit., p. 481.

¹⁵⁹ José de Melo Alexandrino discorre que “o direito ao rendimento mínimo garantido é apenas uma das modalidades pensáveis da concretização do direito fundamental a um mínimo de existência”. O Autor aponta para a fungibilidade da resposta social, pois compete ao Estado adotar uma medida, em detrimento de outra, para solução do problema, com base no princípio democrático. In *A estruturação do sistema de direitos* cit., p. 373.

e do direito à segurança social “implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna”¹⁶⁰.

Conforme alertado na introdução da Parte I, não se pretende aprofundar nos pormenores. Entretanto, a ideia de um mínimo existencial guarda profunda relação com a vedação do Estado de agir de maneira insuficiente. O objeto típico dos direitos sociais é o mínimo existencial, a fim de que se proteja a liberdade fática, pois a liberdade jurídica não subsiste para o indivíduo se ele não dispuser de pressupostos fáticos básicos para exercê-la¹⁶¹.

A doutrina e a jurisprudência se debruçam sobre o imbróglio de definir qual é o patamar “mínimo” ou “básico” para uma existência digna, pois o texto constitucional não esclarece os detalhes. Para além de menções à dignidade humana e ao Estado Social, a Constituição portuguesa, por exemplo, diz que todos os trabalhadores têm direito à retribuição do trabalho “de forma a garantir uma existência condigna”¹⁶². No caso brasileiro, o salário-mínimo deve ser capaz de atender as “necessidades vitais básicas”, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social¹⁶³. A falta de definição constitucional sobre o mínimo existencial não o torna dogmaticamente irrelevante¹⁶⁴.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mantendo o entendimento de não reconhecer, como regra, a posição subjetiva relacionada ao Estado Social, reconhece, com fundamento na dignidade da pessoa humana, o direito subjetivo ao mínimo existencial, com a realização de prestações estatais para garantia de uma vida digna. Ou seja, o direito

¹⁶⁰ No Acórdão n.º 313/2021, sobre o deferimento do pedido de atribuição do rendimento social de inserção a uma pessoa que se encontrava a cumprir pena de prisão, ao relacionar o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, assim assentou o Tribunal Constitucional Português: “Na doutrina portuguesa são essencialmente duas as posições que procuram determinar o alcance do direito ao mínimo para uma existência condigna com apelo à dignidade da pessoa humana: uma, identifica o direito com a garantia de conteúdo mínimo dos direitos sociais (Vieira de Andrade); a outra, delimita o conteúdo mínimo a partir do princípio da proibição do défice de proteção da dimensão positiva dos direitos sociais (Reis Novais). Cada uma destas posições reflete diferentes teorias sobre a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, de que resultam diferentes propostas de delimitação do conteúdo normativo que o Estado está constitucionalmente obrigado a assegurar aos cidadãos. Todavia, mesmo quando o conteúdo do direito é determinado pelas exigências do princípio da proibição do défice, que vincula o legislador à realização de um mínimo social, é ainda ideia de dignidade da pessoa humana que permite delimitar, com alcance absoluto, o mínimo de realização obrigatória”.

¹⁶¹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.a.bb).

¹⁶² Artigo 59.º, alínea “a”, da Constituição da República Portuguesa.

¹⁶³ Artigo 7.º, inciso IV, da Constituição Federal do Brasil.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 437.

a um mínimo não se dá através do acesso individual a prestações, mas sim do dever do Estado em realizar as políticas públicas típica de um Estado Social^{165 166}.

Alexy afirma que na Constituição alemã existe o mínimo existencial relativo, de acordo com as condições socioeconômicas do país em cada momento. Adverte, porém, que “aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir”. Assim, como forma de assegurar um padrão controlável, socorre-se, em nível constitucional, ao princípio de igualdade fática¹⁶⁷.

O Supremo Tribunal Federal, com atuação mais destacada, ou menos contida, no âmbito dos direitos sociais, entre diversas decisões, em um caso sobre o fornecimento de vagas em pré-escola para criança de até cinco anos, entendeu que a noção de mínimo social “compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos”¹⁶⁸.

No direito português e brasileiro nota-se a influência do direito alemão, *mutatis mutandis*, quanto à tendência de fundamentar o mínimo existencial no direito à vida, na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade¹⁶⁹.

A dificuldade de estabelecer um mínimo circunda-se às necessidades individuais de cada cidadão, pois características sociais, econômicas e culturais são consideradas para fixar o *quantum*. Em termos individuais, a prestação alterna conforme a necessidade do sujeito. Correta, porém, a advertência de Gilmar Mendes ao dizer que “gastar mais recurso com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos”¹⁷⁰.

¹⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 92; SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história constitucional da Alemanha* cit., p. 303.

¹⁶⁶ Sobre como arcar com as despesas das necessidades coletivas e o tipo de Estado, Jorge Miranda esclarece que no Estado Mínimo, os encargos, na quase totalidade, são suportados pelo indivíduo ou pelo grupo. No Estado Marxista, os encargos são confiados unicamente ao Estado. No Estado Social, opção adotada, o ente público aceita o custo da satisfação das necessidades básicas. Em relação aos demais direitos, a satisfação é de acordo com a disponibilidade e a necessidade de quem não pode pagar por eles. In *Direitos Fundamentais* cit., p. 549.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 427-428.

¹⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, Acórdão n.º 639.337 ARE/AgR, relator Ministro Celso de Mello, 2.ª Turma, julgado em 23.8.2011.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 329. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo ainda mencionam a existência de um elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana que carece do atendimento de necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo. In *Reserva do possível* cit., p. 19.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 728.

Em termos de coletividade, Uwe Volkmann defende que o mínimo existencial assegura um sistema básico de garantia social, com estímulo ao acesso à educação como forma de igualar as oportunidades, à criação de um sistema tributário com respeito à diferença de renda e à proteção contra discriminação social¹⁷¹.

A própria indeterminabilidade do conteúdo essencial dos direitos sociais reduz a relevância positiva a um mínimo existencial e, na dúvida sobre o que poderia ser exigido, apenas um patamar básico seria de direito. Por outro lado, a força normativa e a vinculatividade jurídica impõe a concretização das tarefas ao Estado, entre outros argumentos, com justificativa na dignidade da pessoa humana e no princípio da socialidade, para garantia de um *standard* mínimo de requisitos materiais para usufruir dos direitos fundamentais clássicos¹⁷².

A tentativa de restringir demasiadamente os direitos de prestação resulta na desnaturalização e na desvirtuação dos fins propostos¹⁷³. Como menciona Cristina Queiroz, o mínimo existencial “destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental de forma a que este não resulte ‘esvaziado’ e, deste modo, desprovido de sentido”¹⁷⁴. A par disso, corre-se o risco de haver excesso com as medidas legislativas, por vezes, populistas, sem a real consideração dos custos necessários e um plano de ação, o que levaria o Tribunal Constitucional, caso demandado, a agir.

Jorge Reis Novais apresenta uma proposta de divisão entre o mínimo existencial, com a delimitação do necessário a uma vida digna, e o mínimo social, com a delimitação do conteúdo essencial em cada direito social. O primeiro seria o “único verdadeiro direito fundamental social”, decorrente da Constituição e judicialmente exigível. O segundo seria “direitos a prestações derivados da lei” e, então, sujeitos à reserva do possível, à conformação do legislador ordinário e não exigíveis judicialmente.

Em pensamento semelhante, Gonçalo Ribeiro aduz que há confusão entre o mínimo social e o direito fundamental a existência condigna, pois, havendo um sistema com amplo rol de direitos sociais, analisa-se cada situação e direito de forma individualizada. A utilização equivocada dos conceitos atribui “a um direito social não-escrito uma função tendencialmente substitutiva dos direitos sociais escritos”¹⁷⁵.

¹⁷¹ VOLKMANN, Uwe. *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*. Tradução Ignacio Gutiérrez. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 283.

¹⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 227.

¹⁷³ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías* cit., p. 86.

¹⁷⁴ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade* cit., p. 93.

¹⁷⁵ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., p. 74.

Na relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, Sarlet afirma que o mínimo existencial “convive, mas não se confunde, com os direitos sociais” e, ainda, que a ideia do mínimo “guarda relação com outros direitos sociais, ainda que não necessariamente com todos”, pois não substitui os direitos sociais assegurados no texto constitucional¹⁷⁶.

Parte da doutrina aponta que o mínimo existencial tem uma dimensão negativa, com o respeito aos direitos de liberdade e não intervenção estatal, e uma dimensão positiva, com os direitos fundamentais sociais¹⁷⁷. Logo, as necessidades humanas básicas englobam igualmente os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais, ao passo que estes possuem importância própria, não sendo apenas condições para o exercício daqueles¹⁷⁸.

A questão que se coloca é, considerando a multiplicidade de reivindicações, a de identificar aquelas que são mais básicas e capazes de permitir uma avaliação do sistema social¹⁷⁹. Na tentativa de estabelecer um padrão básico, entende-se como mínimo existencial o suficiente para a garantia vital (alimentação, moradia, higiene etc.), além da garantia de participação social (educação, seguridade e outros) e de participação política¹⁸⁰. Dessa forma, seria possível fornecer condições básicas para manutenção da vida humana, permitir a participação social (mínimo existencial sociocultural), considerando a ideia de Estado Social, e a preservação da capacidade política ativa e passiva, inclusive, como meio de participação democrática das políticas públicas e dos planos de governo. Dessa forma, o mínimo existencial seria maior do que o mínimo de sobrevivência e permitiria o exercício dos direitos fundamentais¹⁸¹.

Ao tratar sobre o mínimo e as prestações sociais, John Rawls invoca alguns problemas. Primeiro, a justiça distributiva e a característica geracional dos direitos sociais, porque o patamar social da próxima geração depende do quanto a atual geração

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 332 e 335.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 329.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. 5.^a ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 202.

¹⁷⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 114.

¹⁸⁰ Sobre a tentativa de fixar um parâmetro de mínimo existencial, entre outros: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 231; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 357.

¹⁸¹ Miguel Nogueira de Brito divide o mínimo em dois aspectos, “o primeiro consubstanciaria o núcleo duro do conceito, isto é, os bens necessários à sobrevivência e conservação, cuja determinação seria possível fazer em termos objetivos; o segundo seria constituído pela base sociocultural ou convencional do mínimo de existência, recusando encarar o indivíduo como um ser meramente destinado a vegetar e a reproduzir-se, mas antes atribuindo-lhe um direito a participar na vida social”. In *O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência. Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1115.

está disposta a se sacrificar. Outra questão é que a elevação do mínimo presume o aumento de imposto, o que, por óbvio, não é aceito por parcela significativa da sociedade¹⁸². Um terceiro problema a ser analisado é a mutação do patamar de mínimo existencial em razão das mudanças sociais, econômicas, tecnológicas.

Em síntese, há um ponto em comum na doutrina e na jurisprudência quando se trata de mínimo existencial, qual seja, o respeito pela dignidade da pessoa humana. Haveria ofensa à dignidade humana quando o Estado agisse de maneira insuficiente, sem garantia material a cada pessoa, nos direitos de liberdade e na violação do mínimo social. No âmbito dos direitos sociais, o *standard* seria determinado de forma absoluta, com prestações determinadas, ou de forma relativa, “através de uma ponderação estruturada pelas máximas da proporcionalidade, da proibição do excesso ou da proibição do déficit”¹⁸³.

A dificuldade de conceituar e definir concretamente o mínimo existencial, contudo, não torna seu conceito em algo meramente ideológico, sob pena de falta de exequibilidade¹⁸⁴. A solução, em especial nos *hard cases*, considerará as peculiaridades do indivíduo ou do grupo envolvido, as possibilidades de prestação do Estado, a análise de eventuais omissões e o respeito ao espaço de conformação do legislador. E a proibição de insuficiência se figura como meio para determinação do que é definitivamente obrigatório em relação aos direitos fundamentais a prestações, o que inclui a questão de deveres do Estado^{185 186}.

¹⁸² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., pp. 354 e ss..

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 186-188.

¹⁸⁴ Luís Roberto Barroso aponta que “ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas”, uma vez que não se trata apenas da eficácia jurídica, mas também a eficácia social com a utilização de instrumentos capazes de dar efetividade à norma. In *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2019, p. 84.

¹⁸⁵ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3.^a ed. Baden-Baden: Nomos, 2018, sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2).

¹⁸⁶ Paulo Gonet Branco destaca que na jurisdição constitucional, o princípio da eficácia mínima dos direitos fundamentais é “adversário de uma suposta liberdade ilimitada do legislador no sopesamento entre um direito a prestação e os ônus sociais implicados”. In *Juízo de ponderação* cit., p. 275.

2.3 As formas de omissão e a discricionariedade política

A destinação do recurso para os direitos prestacionais, conforme defendido, compete ao legislador ordinário, por meio do orçamento público. A decisão sobre os valores, seja quanto, como e onde, é resultado de um juízo ponderativo das autoridades competentes. A Constituição não detalha especificamente a forma de efetivação dos direitos sociais; apenas, quando é o caso, impõe a tarefa ao Estado. Nas palavras de Gonçalo Ribeiro, a discricionariedade do legislador é maior “quanto mais complexa for a avaliação global e maior a preponderância de considerações de eficácia e de sustentabilidade”¹⁸⁷.

Em um regime democrático, quando se trata de direitos à prestação, o espaço de discricionariedade é distendido. A forma como o direito será protegido está dentro da liberdade de conformação do legislador¹⁸⁸. Abramovich e Courtis apontam que a história do Estado Social é a história da transformação da discricionariedade política no âmbito social para benefícios concretos que correspondem aos direitos individuais dos cidadãos¹⁸⁹.

Jorge Sampaio menciona que se trata de um juízo ponderativo abstrato (consciente ou inconscientemente), pois “é praticamente impossível dispor as normas conflitantes sobre fórmulas institucionalizadoras da proporcionalidade” para estabelecer as prioridades públicas. A alocação orçamentária “ocorre paradigmaticamente em contextos de amplos espectros de discricionariedade”. Acrescenta que a discricionariedade da prestação dos direitos sociais possui fonte dupla¹⁹⁰, em razão das inúmeras alternativas de ações para satisfazer os anseios, e da necessidade de conciliar “conflitos constitucionais plurinormativos”, como a escolha do nível de satisfação. Assim, menciona a “alocação externa aos direitos”, quanto à cada direito positivo, e a “alocação interna aos direitos”, em relação às várias hipóteses de realização¹⁹¹.

¹⁸⁷ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., p. 86.

¹⁸⁸ BRANCO, Paulo Gonet. *Juízo de ponderação* cit., p. 273.

¹⁸⁹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., p. 37.

¹⁹⁰ Jorge Sampaio define discricionariedade nos seguintes termos: “A discricionariedade consiste num espectro de alternativas de acção deontica, de extensão variável em função da respectiva fonte normativa (através da estrutura das respectivas normas habilitantes) ou linguística (através da incerteza linguística sintáctica ou semântica dos enunciados normativos), e cuja apreensão pode ser epistemicamente mais ou menos difícil em virtude das concretas condições normativas em que a sua determinação ocorre”. In *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 991.

¹⁹¹ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 901-903.

A ampla margem de conformidade não é justificativa para a omissão total ou parcial na realização dos direitos sociais¹⁹². O grau de liberdade do legislador é maior no caso das normas programáticas, que apenas serão efetivadas quando se verificarem os pressupostos socioeconômicos, do que das normas perceptivas não exequíveis, que serão realizadas nos prazos delas decorrentes¹⁹³. O tema da omissão possui relevância quando se estuda a proibição de insuficiência. E, não por acaso, os direitos sociais possuem uma “trajetória mais ingrata”¹⁹⁴.

O conceito de omissão não é de difícil compreensão, isto é, aquilo que não foi realizado a tempo e a modo oportuno¹⁹⁵. Canotilho aponta que omissão, em sentido jurídico-constitucional, “significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”¹⁹⁶. O conceito de omissão legislativa pode ser retirado da Lei do Tribunal Constitucional, que o define como as “medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”¹⁹⁷.

A dificuldade reside em detectar a omissão e o momento em que ela aconteceu. Mais uma vez, Jorge Sampaio oferece as seguintes formas de verificação: i) a análise da oportunidade de agir; ii) a existência de capacidade para cumprir o ato omitido; e iii) a existência de norma que forneça elementos mínimos para a ação. A omissão aqui tratada é institucional, ou seja, praticada por autoridades constituídas que tem o dever de agir. O Professor, ainda, define a omissão deontica, nos casos em que o conteúdo esteja positivado, e esclarece “que o elemento decisivo para a identificação de uma omissão reside na existência de uma norma (ou decisão) impositiva de uma acção ou conjunto de acções”¹⁹⁸.

Ao tratar das espécies de omissões inconstitucionais, Canotilho esclarece que a omissão legislativa tem origem no “não cumprimento de imposições constitucionais

¹⁹² Sérvulo Correia diz que, na densificação dos direitos sociais, “o legislador exerce uma liberdade de conformação política, nomeadamente através de uma livre apreciação das possibilidades financeiras e económicas”; porém, o legislador precisa manter um nível global de proteção, enquanto direito fundamental como um todo. In *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 970.

¹⁹³ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 363.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional cit.*, p. 143.

¹⁹⁵ Jorge Miranda expõe que a omissão juridicamente relevante está presente em diversas áreas do Direito, como, por exemplo, omissões de atos normativos, da função legislativa, política ou de governo, da função administrativa ou jurisdicional, e da revisão constitucional. In *Fiscalização da Constitucionalidade cit.*, p. 353.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional cit.*, p. 1033.

¹⁹⁷ Artigo 67.º da Lei do Tribunal Constitucional.

¹⁹⁸ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade cit.*, pp. 870-872.

legiferantes em sentido estrito”, ou seja, aquelas normas que impõem ao legislador a adoção de medidas para realizar o que a Constituição determina. Divide-se entre as omissões de preceitos constitucionais concretamente impositivo e omissões oriundas da não realização de normas-fim ou normas-tarefa. O Professor de Coimbra elenca também a “omissão por falta de actualização ou aperfeiçoamento de normas”, situação caracterizada por fato superveniente que resulta em défice da lei e impõe a obrigação de melhorá-la, e “omissões legislativas parciais”, quando o ato legislativo favorece apenas determinado grupo e exclui os demais em condições fáticas idênticas, o que ofende o princípio da igualdade. Ressalta que não existe um “direito subjectivo dos cidadãos à actividade legislativa”, embora exista um “dever jurídico-constitucional” do legislador¹⁹⁹.

Carlos Blanco de Moraes discorre sobre as diferenças entre a omissão absoluta e a omissão relativa. A omissão absoluta é resultado de ausência de lei, ou seja, há um “vazio regulatório” a ser preenchido pelo poder discricionário do legislador, a fim de dar exequibilidade à norma programática. A omissão relativa possui uma lei incompleta, que não inclui determinada categoria de pessoas e, por isso, ofende o princípio da igualdade. Trata-se de uma “lacuna axiológica” e a sua realização decorre de solução normativa oriunda da Constituição. Quanto à verificação de inconstitucionalidade por omissão, a absoluta “depende de um parâmetro temporal de conteúdo indeterminado”, enquanto a relativa “pode ser reparável no imediato”²⁰⁰.

O dever de legislar deriva do Estado constitucional, comprometido com a concretização das tarefas, o que faz como que o agente público esteja subordinado aos meios e aos fins. Não se trata de Estado mínimo, considerando que a Constituição determina a adoção de tarefas, nem de Estado máximo, considerando a separação de poderes. Tampouco há falar em Estado discricionário, em razão do rol de atribuições constitucionais que não permite um simples não fazer²⁰¹. Até porque, os deveres estatais relacionados aos direitos sociais são obrigações de execução continuada, o que impede a tentativa de omissão sem justificativa²⁰².

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., pp. 1033 e ss..

²⁰⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., p. 608. Sobre as normas programáticas e a discricionariedade, o Autor defende que elas “limitam e orientam um poder discricionário, mas não tutelam posições jurídicas activas em relação às quais os poderes públicos devam dar satisfação imediata” (p. 603).

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada* cit., p. 276.

²⁰² RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., p. 83.

A questão que se coloca é saber se a Constituição pré-determina completamente todas as decisões do legislador. Caso se entendesse que à Constituição competiria dizer como todos os direitos lá positivados tivessem que ser exercidos pelo legislador democraticamente eleito, o processo político não teria razão de existir quanto à produção legislativa. A margem de ação deve ser reconhecida, assim como nos direitos de defesa, no âmbito dos direitos prestacionais, inclusive um espaço para ponderação nos casos mais complexos²⁰³.

Paulo Bonavides, ao comentar a obra de Eberhard Grabitz sobre a proporcionalidade, aduz que a eficácia do princípio está condicionada “à extensão da liberdade de edificar que a Constituição concede ao legislador na determinação do fim de suas medidas”²⁰⁴.

Em relação à proibição de insuficiência, Vitalino Canas aponta como primeiro denominador a existência de um dever constitucional de ação do legislador, o que caracteriza o princípio como “instrumento de mediação uniformemente aplicável a todas as situações em que o legislador está sujeito a um dever *prima facie* de agir ou praticar ações positivas”. Registra-se, desde logo, a utilização da proibição de insuficiência para constatação da omissão estatal.

Sobre os deveres de legislar, Vitalino Canas apresenta três imposições: i) os deveres de proteção, divididos entre os direitos de particulares contra outros particulares e contra os poderes estatais estrangeiros; ii) os deveres de concretização dos direitos sociais, através de normas legislativas que permitam a materialização e a criação de condições de igualdade; e iii) os deveres de organização e de procedimento, por meio de normas estruturadoras de processos que facilitem o exercício de direitos fundamentais²⁰⁵.

As três imposições são classificadas como deveres de prestação em sentido amplo. Sobre a materialização dos direitos sociais, o Professor esclarece que a discricionariedade é mais em razão da indeterminação da norma, do juízo de oportunidade do legislador e da liberdade de conformação. Entretanto, o grau de obrigatoriedade e de vinculação dos deveres é semelhante aos demais deveres de proteção²⁰⁶.

²⁰³ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* cit., sem paginação (e-book, segunda parte, item II.2.e.bb).

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 433.

²⁰⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 970 e ss..

²⁰⁶ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 981.

Acerca da discricionariedade do legislador, ela pode ser de margem de ação epistêmica do “tipo empírico”, cuja apreciação se dá pela distinção da proibição de excesso e proibição de insuficiência, ou do “tipo normativo”, quando o legislador possui um “quadro” (o que remete à ideia de Böckenförde) para dentro dele, agir conforme sua valoração. Quanto ao meio probatório, o excesso é verificado na intervenção estatal; a insuficiência, na proporcionalidade dos meios utilizados²⁰⁷.

Outro aspecto da discricionariedade diz respeito a prognósticos. Conforme menciona Alexy, a discricionariedade ligada a prognósticos é “um problema de sopesamento entre o princípio material de direito fundamental e o princípio formal da competência decisória do legislador”²⁰⁸. A decisão, tomada com fundamento em fatos e dados atuais, considera diversos aspectos socioeconômicos. Registra-se, contudo, que, havendo um empate de ponderação, ou seja, se dentro da margem de manobra do legislador, à luz do princípio da proibição de insuficiência, houver escolhas igualmente idôneas, não há falar em ofensa ao direito examinado²⁰⁹.

O fato de o ente público ter agido de forma omissiva, conscientemente ou não, em relação a um direito fundamental não é relevante, pois o direito fundamental justamente protege o indivíduo contra a ação ou a omissão do Estado, o que inclui eventual omissão supostamente inconsciente. Como salientado, as tarefas do Estado decorrentes dos direitos fundamentais de prestação impõem, em certa medida, a obrigatoriedade de atingir tais resultados, considerando todas as circunstâncias envolvidas²¹⁰.

Sobre os critérios da proibição de insuficiência e a discricionariedade para as ações prestacionais possíveis, Martin Borowski aponta três situações diferentes: i) se a conclusão for de que apenas uma medida específica é considerada exigível, então compete ao Estado realizá-la, sob pena de violar o direito fundamental social; ii) se, ao final, existir um conjunto de ações possíveis, então ao Estado não é exigido a adoção de uma conduta específica, porém a não adoção de uma ação dentre as diversas resulta em violação do direito; e iii) caso nenhuma ação seja defensável do ponto de vista de ser exigível, se o Estado nada promover não existirá ofensa alguma²¹¹.

²⁰⁷ QUEIROZ, Cristina. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, pp. 75-77.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 469.

²⁰⁹ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.dd.aaa).

²¹⁰ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.bb).

²¹¹ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.ee).

Outro ponto importante é que a ausência de recursos, em especial o financeiro, resulta na escolha alocativa, que precisa considerar critérios de justiça distributiva, opções políticas, justiça social, maximização dos resultados, o grau de eficiência do serviço, além de outros requisitos. A possibilidade de discricionariedade não deve resultar em uma simples omissão ou no descumprimento *sic et simpliciter*.

A percepção da omissão é que se mostra dificultosa. Em tese, toda omissão seria inconstitucional quando a Constituição impõe um *facere*. Na prática, a situação não é tão simples. Fica mais perceptível a omissão quando a norma impõe objetivos claros, através de tarefas ou enunciados minimamente definidos. Esse não é o modelo de texto constitucional utilizado na maioria dos países que, quando prevê um rol de direitos sociais, o faz de maneira genérica. Para o poder público os direitos sociais possuem uma característica extremamente diversificada e, em parte, indeterminada^{212 213}.

Embora não expressamente previstos, princípios como o da proibição de proteção insuficiente ou outros princípios que remetem à ideia de *standards* mínimos auxiliam na conformação da norma de direito social e na discussão sobre a discricionariedade política²¹⁴. Contudo a análise da insuficiência é produto de raciocínio de ponderação do intérprete e não de mero juízo discricionário de quem analisa a omissão estatal.

2.4 A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

Portugal e Brasil adotaram sistemas de verificação de constitucionalidade parecidos, inclusive a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão, algo pouco usual em outras Constituições²¹⁵. Mais do que ações do Estado, é possível verificar as omissões, o que representa mais um meio de exigir do poder público o cumprimento das tarefas fundamentais, pois a insuficiência também configura ofensa à Constituição²¹⁶. A

²¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 164; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 289.

²¹³ Sobre o que é possível exigir, Tiago Fidalgo Freitas aduz que “para os direitos econômicos, sociais e culturais variaria a medida da acção exigível, para os direitos de liberdades variaria apenas a medida da omissão exigível” In *O princípio da proibição de retrocesso social* cit., p. 796.

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente* cit., pp. 226 e ss..

²¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Tomo I. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 331.

²¹⁶ Ao abordar a responsabilidade do Estado na era da Justiça Constitucional, Paulo Bonavides salienta que uma das atribuições do sistema de justiça “deriva da necessidade de pôr termo, no caso concreto, a situações

fiscalização por omissão objetiva cientificar o legislador ordinário para que adote as medidas para tornar efetivas as normas que não possuem eficácia plena^{217 218}.

Canotilho fundamenta a possibilidade de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão na “superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária”, pois a norma constitucional se impõe “como determinante heterônoma superior e como parâmetro da constitucionalidade” para verificar o não cumprimento das tarefas do Estado²¹⁹. Acrescenta o Autor que “o pressuposto fundamental de uma omissão juridicamente relevante é a superioridade formal e material da constituição relativamente à lei ordinária”²²⁰.

Para fins de comprovação da omissão aponta-se a comparação das medidas que o Estado deveria ter adotado para proteger um direito com as medidas de fato adotadas ou omitidas. Em que pese a dificuldade probatória, a indicação de números e estatísticas é útil para a demonstração da insuficiência²²¹.

Apesar de possuírem um fim similar, os modelos português e brasileiro apresentam diferenças processuais. Quanto à legitimidade ativa, o modelo português permite que o pedido de verificação seja apresentado pelo Presidente da República ou pelo Provedor de Justiça, ou ainda pelos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autônomas quando o fundamento for violação de direitos daquelas regiões²²². Caso verificada a existência de omissão, o Tribunal Constitucional dará conhecimento ao órgão legislativo competente (Assembleia de República, Governo, assembleias regionais)²²³.

omissivas de órgãos que se evadem à execução de suas obrigações constitucionais”. In *Teoria Geral do Estado* cit., p. 624. Por sua vez, Jorge Reis Novais discorre que a possibilidade de judicialização dos direitos sociais oponíveis ao Estado, mesmo em inobservância à maioria democrática, “não foi a escolha política mais acertada, mas, no plano jurídico, esse foi o resultado e a natureza que resultaram da consagração constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais”. In *Direitos Sociais* cit., p. 327.

²¹⁷ CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro* cit., p. 387.

²¹⁸ Independe do tipo de ação, Laura Clérico destaca que a ideia de proporcionalidade aplicada aos direitos sociais em caso de omissão ou insuficiência tem sido validado pelos Tribunais Constitucionais da América Latina como, por exemplo, Argentina, Colômbia e Costa Rica, embora sem adentrar profundamente à estrutura do princípio da proibição de insuficiência. In *Proportionality in social rights adjudication: making it workable. Proportionality in law: an analytical perspective*. Organizadores David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Suíça: Springer, 2018, pp. 35 e ss..

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 919.

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente* cit., p. 481.

²²¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., p. 134.

²²² Artigo 283.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

²²³ Artigo 283.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; artigo 68.º da Lei do Tribunal Constitucional.

No caso brasileiro, o rol de legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão é demasiadamente alargado²²⁴ e, caso julgada procedente, é dado ciência ao poder competente e, em se tratando de órgão administrativo, a adoção das providências necessariamente terá de ser realizada em trinta dias²²⁵. A norma processual-constitucional sobre a inconstitucionalidade por omissão está prevista na Lei Federal n.º 9.868/1999, de 10 de novembro²²⁶.

Desde o ano de 2009, é autorizado ao Supremo Tribunal Federal, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo, no caso de omissão parcial, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal²²⁷.

O Brasil ainda possui uma outra ação para os casos de omissão, o Mandado de Injunção, quando houver a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania²²⁸. Sem aprofundar no tema, nota-se um desuso desse instrumento no sistema de justiça constitucional brasileiro, inclusive pela confusão com outras vias de análise da omissão estatal, pois a ação não visa a regulamentação de uma norma programática (fiscalização abstrata), mas sim que seja dada efetividade a um direito individual daquele que reclama (fiscalização concreta).

Igualmente sem desvirtuar o tema desta dissertação, apesar da ausência de fiscalização difusa da inconstitucionalidade por omissão, no caso português, isso não impede a discussão da responsabilidade civil do Estado²²⁹, se verificado nexo de causalidade entre a omissão e o dano ao cidadão²³⁰.

²²⁴ Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²²⁵ Artigo 103.º, § 2.º, da Constituição Federal do Brasil.

²²⁶ Sobre o sistema brasileiro de controle de inconstitucionalidade por omissão, entre outros: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional* cit., pp. 153 e ss..

²²⁷ Incluído pela Lei Federal n.º 12.063/2009, de 27 de outubro.

²²⁸ Artigo 5.º, inciso LXXI, da Constituição Federal do Brasil.

²²⁹ Artigo 22.º e artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

²³⁰ Entre outros: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Volume I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 342 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade* cit., p. 383; CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro* cit., p. 388.

Nos dois países não há um prazo determinado para a apresentação do pedido. Quando se trata de uma “ordem de legislar”, o constituinte fixa um prazo certo²³¹. Contudo, isso não se verifica na imposição de cumprimento dos direitos sociais. O momento para o requerimento de fiscalização é a indispensabilidade da medida legislativa²³². Resume Jorge Miranda: “O juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei”²³³.

De acordo com Jorge Alves Correia, o sucesso da ação depende de duas situações: i) a existência de um dever jurídico-constitucional de legislar e a inércia do cumprimento das imposições constitucionais; e ii) a verificação de omissão absoluta ou de insuficiência das medidas legislativas. Tudo com a finalidade de combater a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”²³⁴.

Quanto à natureza da decisão, apesar de ser declaratória ao anunciar a omissão, também possui caráter mandamental ao determinar que o poder público supra a lacuna legislativa que impede a conformação dos direitos sociais²³⁵. No modelo português, a fiscalização da constitucionalidade por omissão configura um dos limites materiais de revisão²³⁶. É de ressaltar que a omissão legislativa deve ser atual, pois não compete ao órgão de fiscalização juízo de prognose²³⁷.

A maior diferença entre a jurisdição constitucional portuguesa e brasileira é a autocontenção do Tribunal Constitucional. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, por vezes, imiscui-se nas atribuições do legislador, o que será mais bem abordado aquando da análise da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais.

Ao Tribunal reserva-se a possibilidade de controlar a razoabilidade do requerimento de cumprimento da norma social, a justificativa ou a reserva alegada pelo Estado para omissão total ou parcial, a plausibilidade da medida e, em especial, a análise

²³¹ Luís Roberto Barroso aponta que a simples inércia não significa necessariamente uma omissão inconstitucional. É preciso que se tenha o não cumprimento de um mandado constitucional de atuação positiva, ou seja, há inconstitucionalidade quando o comportamento do legislador contrasta uma obrigação jurídica de conteúdo positivo. In *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022, sem paginação (*e-book*, capítulo I, item IV, 2.2.1)

²³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 1037.

²³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume III. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 383.

²³⁴ CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro* cit., pp. 388 e 398.

²³⁵ Gonçalo de Almeida Ribeiro comenta, em respeito à separação de poderes, que “a garantia judicial dos deveres constitucionais de agir é muito débil” e que a decisão de um processo de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão se resume em “um processo de natureza abstrata em que a decisão de inconstitucionalidade reveste a forma de mera verificação do incumprimento”. In *Controle judicial das restrições* cit., p. 78.

²³⁶ Artigo 288.º, alínea “l”, da Constituição da República Portuguesa.

²³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume III. Tomo VI cit., p. 366.

da prestação realizada dentro do contexto socioeconômico e de respeito ao mínimo existencial e, por consequência, da dignidade da pessoa humana²³⁸.

Acerca do controle judicial e da reserva do possível, Jorge Reis Novais elenca três dimensões diferentes do problema: i) a própria existência de uma reserva do financeiramente possível impactando na concretização do direito; ii) a competência do órgão público demandado para acionar a reserva do possível como fundamento na situação específica; e iii) a plausibilidade da invocação da reserva do possível como argumento aceitável objurgar a prestação social pleiteada²³⁹.

Aponta Gonçalo Ribeiro, ao analisar o Acórdão n.º 509/2002 do Tribunal Constitucional Português, a necessidade de verificar se a restrição do direito social “tem a densidade constitucional indispensável para que se identifiquem restrições”. Acrescenta que “nada impede, mesmo nos limites de um controlo de mera evidência, que a restrição ligeira de um direito fundamental seja inconstitucional, se as razões em que repousa forem evidentemente insuficientes”²⁴⁰.

Sobre o efeito da decisão do requerimento de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, é preciso ter ressalvas. Ao tempo que não compete ao Tribunal Constitucional legislar ou dizer a forma como tal lacuna será preenchida, o que ofenderia a separação de poderes, ocorre-se o risco também da decisão não ser cumprida, o que a tornaria uma espécie de sentença ficta. Como ressaltado por Jorge Miranda, “nem a virtual inefetividade da decisão de fiscalização afeta o sentido jurídico do instituto”²⁴¹. A decisão do Tribunal Constitucional trata-se de um “apelo” político e jurídico aos órgãos competentes para legislar, a fim de que atuem para dar exequibilidade às leis constitucionais²⁴².

Jorge Reis Novais discorre que, em geral, somente existe direito subjetivo em relação aos deveres prestacionais do Estado se aquele direito/dever estiver suficientemente determinado. Nesse caso, poderia o juiz, sem extrapolar sua função, com fundamento na proibição de insuficiência, além de outros critérios jurídicos, concluir pela

²³⁸ No que tange à aplicação dos direitos sociais, Sérvulo Correia menciona que, o pronunciamento judicial está limitado pela discricionariedade do legislador. Entretanto, o juiz possui “competência excepcional para, julgando segundo a equidade, corrigir os efeitos mais nocivos da inação do legislador, ou seja, as situações de necessidade excepcional ou de injustiça extrema possibilitadas pela inação legislativa”. In *Interrelação entre os regimes constitucionais* cit., p. 970.

²³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 132.

²⁴⁰ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., p. 77.

²⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade* cit., 372.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 1039.

inconstitucionalidade da omissão. Continua, o Professor, que a subjetivação está associada à ideia da proibição de insuficiência²⁴³.

A jurisdição constitucional possui diferentes mecanismos que permitem examinar, de maneira racional e fundamentada, as consequências da decisão, em respeito à separação de poderes, mas sem afastar a análise da efetividade dos direitos fundamentais sociais previstos da Constituição²⁴⁴.

Quanto à omissão parcial ou à insuficiência da medida adotada, há de ressaltar que a norma somente será vinculativa ao poder público se for devidamente válida. Dito de outra maneira, “a inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas”²⁴⁵. Nessa linha, será inconstitucional a omissão se o legislador não intervir ou intervindo não cumprir os requisitos de proporcionalidade²⁴⁶.

No caso de um *non facere* estatal, o juízo de proporcionalidade não necessariamente se refere ao excesso, mas sim ao déficit de proteção ou à insuficiência da prestação social. Posto de outra forma, compete às autoridades jurisdicionais o controle das regras ponderativas baseado no princípio da proporcionalidade, porquanto a “norma reguladora do exercício de competência de criação deontica poderá sinalizar um eventual incumprimento parcial insuficiente no plano constitucional”²⁴⁷. Ou seja, o julgamento verificará se o nível de proteção social ficou abaixo de padrões mínimos e se a omissão legislativa excluiu determinado grupo de pessoas ou reduziu a prestação aquém do mínimo existencial.

Se o legislador não edita os atos normativos concretizadores, configura-se a inconstitucionalidade por omissão total, e caso as medidas legislativas sejam tomadas, porém sem os critérios mínimos da norma constitucional, configura-se a inconstitucionalidade por omissão parcial²⁴⁸.

Em posição um pouco distinta, Vieira de Andrade esclarece que somente há inconstitucionalidade por omissão “na medida exacta em que o dever de legislar seja

²⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito* cit., p. 179.

²⁴⁴ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías* cit., p. 102.

²⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade* cit., 378.

²⁴⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 400.

²⁴⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 902.

²⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 320; MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade* cit., p. 358.

materialmente determinado ou determinável”, o que depende do nível de densidade da norma positivada e o grau de vinculação entre o legislador e a Constituição²⁴⁹.

Para Canotilho, do conjunto de normas de direitos sociais é possível extrair um princípio jurídico estruturante do qual todos, o que remete à universalidade, têm um direito a um “núcleo básico de direitos sociais”. Na ausência do mínimo, o Estado português, assim como qualquer outro Estado de direito democrático, deve ser considerado infrator das obrigações jurídico-sociais impostas constitucionalmente e, inclusive, internacionalmente²⁵⁰.

O controle judicial fundamentado na proibição de insuficiência, na linha daquilo que se aplica com o princípio da proibição de excesso nos direitos fundamentais de primeira geração, é ponto fulcral para o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais. É preciso reconhecer que os direitos fundamentais, além do excesso, também podem ser violados pela omissão ou por ação deficitária de proteção, o que impõe que o Tribunal Constitucional decida sobre o caso. A decisão, no entanto, precisa de exaustiva fundamentação e racionalização, a fim de evitar pronunciamentos com a ausência de elementos dogmáticos e o uso indiscriminado de princípios em derogabilidade da norma positivada²⁵¹.

Sobre, então, o papel da jurisdição constitucional e da própria Constituição com normas programáticas, como expõe Lênio Streck, a resposta, além de outras atribuições, está no “dever de proteger os direitos fundamentais não somente contra o excesso (*Übermassverbot*), mas também contra a proteção insuficiente (*Untermassverbot*)”²⁵².

O Tribunal Constitucional não dispõe de instrumentos ou de testes estáticos de controle do não cumprimento dos direitos fundamentais sociais. O desafio que se impõe é que não se trata mais de verificar o excesso, a desproporção da medida limitadora de um direito, o que se destina, mesmo com critérios não expressamente determinados e sujeito a inúmeras críticas e considerações, é verificar se o Estado ficou abaixo do esperado no cumprimento de uma obrigação²⁵³.

Tudo isso justifica a necessidade de aprofundamento do estudo da proibição de insuficiência, como instrumento de harmonização das decisões constitucionais do

²⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 361.

²⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 518.

²⁵¹ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., pp. 93-94.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., p. 219.

²⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 168.

controle de omissão, o que importa em estudar os seus elementos dogmáticos e a aplicação²⁵⁴.

²⁵⁴ Extraí-se da obra de Jorge Reis Novais: “[...] esta proibição constitucional da medida insuficiente, do défice de actuação – a *Untermassverbot* – revelar-se-ia tão importante no desenvolvimento das funções objectivas dos direitos fundamentais, seja especialmente nos domínios do dever de protecção contra terceiros, mas também nos da garantia da efectividade de exercício dos direitos fundamentais ou nas prestações normativas e fácticas de organização e procedimento [...]”. In *As restrições* cit., p. 77.

PARTE II

1 A (in)existência do princípio da proibição de insuficiência

A proibição de insuficiência, de forma simples, pode ser compreendida como a vedação do Estado de ação ou de omissão que torne deficiente a garantia de algum direito, no caso, os direitos fundamentais sociais. Isto é, trata-se de um instrumento capaz de caracterizar a inconstitucionalidade por omissão se verificado que a realização do direito está inferior ao assegurado pelo direito fundamental de proteção.

Nas palavras de Carlos Bernal Pulido, a proibição de insuficiência é “um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção”²⁵⁵. Para Vieira de Andrade, a proibição de insuficiência impõe ao Estado a obrigação de “assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica”²⁵⁶.

Laura Clérico afirma que em uma democracia constitucional o exame do *limite dos limites*, para considerar a validade do direito, sopesa tanto o excesso como também a limitação contra uma omissão ou uma ação insuficiente que impossibilite sem justificativa o exercício de um direito. Reconhece a Autora, contudo, que há um menor grau de desenvolvimento da proibição de insuficiência, razão pela qual é tarefa da dogmática a construção crítica à luz do déficit de proteção, mesmo que ele não esteja expressamente positivado ou presente em uma sentença judicial. É necessária, portanto, uma resposta, através de um exame constitucional, quando o Estado simplesmente se omite ou a sua ação é insuficiente, a fim de exigir uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais²⁵⁷.

²⁵⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 802. Em igual sentido: STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da AJURIS, Ano XXXII, n.º 97, março de 2005, pp. 179-180.

²⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 136.

²⁵⁷ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiente por omisión o defecto*. In *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Organización Miguel Carbonell. México: Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008, pp. 115 e ss.; CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de*

A fórmula da *Untermassverbot* decorre da violação do dever de cumprimento de uma obrigação de proteção ou de prestação positiva de um direito fundamental. Sustenta-se em uma relação “meio-fim”, na qual o “meio” atacado é a ação insuficiente ou a omissão do Estado, e o “fim” é a realização de um direito fundamental de prestação. Inclui-se, ainda, na relação de “meio-fim”, a hipótese em que o ato estatal foi realizado de maneira suficiente, porém foi interrompido²⁵⁸.

A obrigação de atingir o “fim” implica a proibição de não adotar medidas ineficazes que produzam um desrespeito grosseiro pelo objetivo almejado. Além disso, uma vez adotadas as medidas, é proibida a supressão total ou a redução a um patamar aquém do mínimo exigível, pois o “fim” é uma obrigação constitucional e não uma discricionariedade política²⁵⁹.

Conforme exposto na primeira parte deste trabalho, a detecção de situações em que a proibição de insuficiência foi violada é mais fácil quando a Constituição define como norma-regra as tarefas impostas ao Estado. Entretanto, essa não é a forma comum de texto constitucional, haja vista que os direitos fundamentais, e aqui especificamente os direitos sociais, quando presentes na Lei Maior, são narrados de forma genérica e não há manifestação expressa sobre a proibição de insuficiência. Cita-se, como exemplo, o n.º 1 do artigo 1.º da Lei Fundamental alemã que menciona a obrigação estatal de respeito à dignidade da pessoa humana, o que impõe, não somente um sentido negativo, mas também um sentido positivo de um dever geral de proteção²⁶⁰.

A utilização inicial da expressão alemã *Untermassverbot*, traduzida como proibição de insuficiência, proibição de proteção insuficiente ou proibição de defeito, além de outras traduções, é atribuída a Schuppert, embora o Autor não tenha se aprofundado sobre o tema. De acordo com Vitalino Canas, para o jurista alemão, a *Untermassverbot* “seria uma das peças de uma pré-compreensão dos direitos fundamentais como diretivas ao legislador para a ativa conformação da realidade social”^{261 262}.

proporcionalidad. In *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Organización Jan-R Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 170 e ss..

²⁵⁸ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad* cit., pp. 121-123.

²⁵⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 376.

²⁶⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência (Untermassverbot)*. In *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Organização Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 78.

²⁶¹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 905.

²⁶² Jorge Reis Novais leciona que Schuppert “questionava o alcance jurídico atribuído pelo Tribunal aos deveres estatais decorrentes das novas dimensões reconhecidas aos direitos fundamentais, designadamente

A *Untermassverbot* permaneceu longo período na doutrina alemã sem maiores detalhamentos. Após o julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal, na primeira decisão sobre o aborto, no ano de 1975, iniciou-se debates sobre a existência de um novo princípio em contraponto à proibição de excesso (*Übermassverbot*)²⁶³. A novidade se conceberia como ferramenta de controle acerca de um nível mínimo que, caso ultrapassado, caracterizaria inconstitucionalidade, ou seja, um instrumento de controle para resolver a dúvida sobre a prestação a menor por parte do Estado. No caso julgado, o imbróglio não era sobre possível excesso no âmbito dos direitos fundamentais; o que se analisava era se o Estado estava oferecendo uma proteção insuficiente²⁶⁴.

O princípio da proibição de insuficiência está firmado na mutação do dever de atuação do Estado em dever de legislar, porque quando há medidas que assegurem o exercício de direitos sociais constitucionalmente positivados, considera-se cumprido o dever de proteção. Entretanto, o dever de proteção se equipara ao dever de legislar quando apenas através de medidas legislativas se possa garantir as dimensões protetivas^{265 266}.

Quanto ao fundamento da proibição de defeito, além da própria dignidade da pessoa humana, para parte majoritária da doutrina a razão é o Estado de Direito. Há quem defenda que o fundamento está na proteção do conteúdo essencial dos direitos e, ainda, quem entenda que o motivo é multifatorial, ou seja, a Constituição, a estrutura dos direitos fundamentais e a defesa do Estado de Direito²⁶⁷. A última hipótese parece a que tem maiores elementos para justificar a elaboração do princípio, considerando as inúmeras variáveis quando se fala de direitos fundamentais sociais.

A doutrina ainda divide a proibição de insuficiência em sentido impróprio e sentido próprio. No sentido impróprio, o princípio objetiva garantir o mínimo irredutível

os deveres de protecção”. Foi nesse sentido que o Tribunal Constitucional alemão se referiu à *Untermassverbot*, como critério constitucional de controle da decisão do legislador, embora sem mencionar expressamente o princípio. In *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 261.

²⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 261.

²⁶⁴ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. Tradução Eduardo Mendonça. In *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Organização Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 158.

²⁶⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 801.

²⁶⁶ Em complemento, Canotilho aduz que se pretende “formular o princípio da proibição da protecção insuficiente como o princípio que, em último termo, obrigaria a transmutar um dever de protecção em dever de legislação ou, se se preferir, em dever de protecção através de um acto positivo de legislação”. Entretanto, quanto à autonomia, o Autor aponta certa dúvida, porque “mesmo a admitir-se que o princípio da proibição de protecção insuficiente ganha relevo autônomo em face do princípio da proporcionalidade, é difícil afirmar-se, em abstracto, que um dever de protecção se transmuta em dever de legislação quando as medidas estaduais adoptadas pequem por ser insuficientes ou ineficazes”. In *Omissões normativas e deveres de protecção* cit., p. 116.

²⁶⁷ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 960.

do dever de agir do legislador ou o mínimo de subsistência, confundindo-se com outros instrumentos jurídicos. No sentido próprio, dispensa-se a ponderação e considera-se “um instrumento que medeia a harmonização legislativa de posições jurídicas contraditórias”²⁶⁸. Parte-se do conteúdo ideal do dever de agir e não do conteúdo mínimo do direito.

Por isso, a proibição de insuficiência tem importante papel quando se estuda a promoção dos direitos prestacionais, porquanto remete à ideia de mínimo existencial para analisar a extensão da intervenção estatal e a colisão com outros direitos fundamentais²⁶⁹.

Para Jorge Pereira da Silva, o princípio da proibição de insuficiência e o princípio do carácter dinâmico da protecção são os dois fundamentos constitucionais sobre os deveres de protecção dos direitos fundamentais que limitam a discricionariedade do legislador. O segundo se refere ao momento (“quando”) da protecção, em relação à criação da lei ou à evolução do ordenamento jurídico, sujeitando-se implicitamente à cláusula *rebus sic stantibus*. Quanto ao princípio da proibição de defeito, não se discute o momento, mas sim o “como” da prestação constitucionalmente imposta, em uma “relação de conformidade entre o tipo e a intensidade dos meios nela envolvidos pelo legislador ordinário e o objectivo último fixado pela Lei Fundamental”²⁷⁰. Em outro momento, o Autor sintetiza: “o dever de protecção diz se o Estado está ou não obrigado a conceder tutela jurídica a certo bem jusfundamental; a proibição de defeito diz se a protecção efectivamente concedida corresponde ou não às exigências constitucionais”²⁷¹.

Dito de outra forma, em uma perspectiva pragmática, os deveres de protecção, no órgão legislativo, desempenham papel *ex ante*, enquanto a proibição de insuficiência

²⁶⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 961-964. Extrai-se da obra: “Se os deveres estiverem significativamente densificados na constituição ou, noutros termos, se esta especificar quase integralmente de que modo o dever é cumprido, não restando ao legislador mais do que uma margem mínima (ou nula) de conformação, o cumprimento desse dever não exige nem é condicionado por uma operação prévia de ponderação com bens, interesses ou valores colidentes”. Em outro trecho, o Professor aduz que o legislador “deve realizar exercícios regulares de monitorização do cumprimento dos seus deveres constitucionais, promover (pré-)ponderações do peso relativo dos deveres de ação e de abstenção a que está adstrito, apreciar a eficiência das medidas vigentes e produzir oportunamente as normas legislativas necessárias” (p. 1003).

²⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 374-375.

²⁷⁰ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: Fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 576. Sobre o conteúdo essencial a ser protegido, acrescenta o Autor, em outra obra, que se é certo que o princípio da proibição de insuficiência “define por si só um mínimo constitucionalmente exigido, não é menos verdade que o conteúdo essencial define tão-somente o mínimo dos mínimos”. In *Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: direito constitucional e justiça constitucional*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 205.

²⁷¹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 593.

possui papel de controle *ex post*, ao tentar estabelecer um parâmetro de proteção constitucionalmente adequado, com respeito à intangibilidade do conteúdo essencial.

A proibição de insuficiência possuiria maior relevância no controle jurisdicional do que no processo legislativo. Atingido um nível mínimo, ou seja, ultrapassada a proibição de defeito, o dever de proteção permanece, contudo com menor intensidade, permitindo uma maior liberdade de conformação do legislador. Em uma sequência, primeiro se faz uma análise preliminar de aptidão para verificar, dentro do ordenamento jurídico, quais são os meios que colaboram com a tarefa constitucional que estabelece os deveres do Estado, depois se verifica se a proteção ficou dentro de um patamar mínimo²⁷².

Para Dieter Grimm, “tais parâmetros devem ser entendidos como uma adaptação do princípio da proporcionalidade à função positiva dos direitos fundamentais”. Para o jurista alemão, o Estado está obrigado a atuar para garantir os bens protegidos pelos direitos fundamentais em caso de ameaça, o que o coloca em uma dupla posição²⁷³.

Gilmar Mendes discorre que os direitos fundamentais, afora a proibição de intervenção e o dever de proteção, possuem também, não somente uma vedação do excesso (*Übermassverbot*), mas igualmente uma proibição de omissão (*Untermassverbot*)²⁷⁴.

Ao comentar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, Jorge Miranda salienta que o princípio da proporcionalidade decorrente das obrigações estatais abrange a proibição de excesso e a proibição de insuficiência de proteção, competindo ao juízo constitucional coibir medidas legislativas que se mostrarem “em face de deveres estaduais de proteção ou de prestação de normas, deficitária ou insuficiente”²⁷⁵. É preciso, porém, ter a cautela de não elevar o princípio da proibição de déficit em um nível excessivamente alto, porque há níveis maiores e menores de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Referente ao objetivo da proibição de insuficiência, segundo Cristina Queiroz, o princípio assegura a proteção jurídica no “âmbito” e no “conteúdo” dos direitos prestacionais, a fim de cumprir o mínimo de eficiência frente às condições

²⁷² SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., pp. 191-192 e p. 208.

²⁷³ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado* cit., p. 160.

²⁷⁴ Gilmar Mendes aponta, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que o dever de proteção se divide em: i) dever de proibição (*Verbotspflicht*), em relação à determinada conduta; ii) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que exige que o Estado proteja o cidadão de terceiros; e iii) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que permite ao Estado a adoção de medidas para afastar potenciais ameaças ao indivíduo. In *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 727.

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *O Tribunal Constitucional em 2010*. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n.º 15, 2011, p. 593.

socioeconômicas e jurídicas. Enquanto a “análise da intervenção por parte dos poderes públicos” está ligada à proibição de excesso, a proibição de insuficiência se conecta à análise dos meios idôneos que forneçam, em comparação e em maior grau, a prestação social²⁷⁶. Não há, portanto, incompatibilidade entre a proibição de insuficiência e os deveres estatais²⁷⁷.

Canotilho elabora a seguinte formulação: “o Estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducentes a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais”. E, para a comprovação de insuficiência, a verificação se atenta às posições jurídicas violadas e à intensidade do perigo²⁷⁸.

Desde logo, então, fixa-se o entendimento da existência da proibição de insuficiência, ou da nomenclatura variante encontrada, pois em um Estado de direito democrático, a vedação de déficit de proteção, a proibição de excesso e a liberdade de conformação do legislador possuem estrutura jurídica de princípios²⁷⁹.

Na aplicação da proporcionalidade na realização dos direitos prestacionais, a proibição de insuficiência tem o condão de fixar um ponto de referência, a partir do qual se analisa as medidas legislativas adotadas. O princípio serve de critério material para a jurisdição constitucional²⁸⁰.

No tocante à metódica da ação legislativa e a incorporação do princípio da proibição de insuficiência, Jorge Pereira da Silva cita algumas consequências: i) rigor na análise da situação fática que serve de justificativa da iniciativa legislativa; ii) clareza sobre os fins e os interesses do legislador; iii) relevância do momento político e jurídico da aplicação da lei; e iv) utilização de mecanismos de monitorização dos resultados alcançados²⁸¹.

Em que pese se tenha dedicado a mencionar a relação entre a proibição de insuficiência e o dever de legislar para garantir um patamar mínimo dos direitos fundamentais sociais, o legislador não é o único destinatário do dever de proteção. As autoridades administrativas e jurisdicionais também estão obrigadas de acordo com as

²⁷⁶ QUEIROZ, Cristina. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais* cit., pp. 62-68.

²⁷⁷ José Paulo Baltazar Junior alega que “não devem ser confundidas as finalidades do Estado; as determinações de objetivos estatais e as tarefas do Estado. O primeiro é objeto da discussão teórica sobre a finalidade do Estado em si, enquanto as demais estão positivadas na Constituição, em grau maior de concreção do último”. In *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 77.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 273.

²⁷⁹ SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., p. 195.

²⁸⁰ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.e.bb).

²⁸¹ SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., p. 210.

funções que exercem, a fim de não permitirem que os direitos fundamentais tenham sua tutela abaixo daquilo que é constitucionalmente exigido²⁸².

Ante o exposto, o princípio da proibição de insuficiência se apresenta na jurisdição constitucional como instrumento de verificação do cumprimento das tarefas do Estado em relação aos direitos fundamentais sociais.

Houve, e ainda há, críticas por parte da doutrina sobre a ausência de elementos dogmáticos e a discussão sobre a necessidade de criação de um novo princípio. Isso porque, não existe consonância acerca da operação prática para apreciar se o legislador se quedou inerte ou agiu de forma abaixo do constitucionalmente exigido. A falta de uma norma clara ou até menos de densidade constitucional da proibição de insuficiência coloca em risco a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

1.1 A proibição de insuficiência na obra de Claus-Wilhelm Canaris

Apesar da expressão *Untermassverbot* ter sido apresentada por Schuppert, ao civilista Claus-Wilhelm Canaris é atribuído o desenvolvimento dogmático do tema na obra *Grundrechte und Privatrecht* que trata da proibição de insuficiência, direitos fundamentais e direito privado²⁸³. Inclusive, a escolha da expressão “proibição de insuficiência” em vez de outras nomenclaturas se deu em razão da tradução do livro do alemão para a língua portuguesa²⁸⁴.

Dedica-se esta parte da pesquisa a analisar a obra de Canaris. Muitos dos conceitos e teorias agora abordados serão, novamente, revisitados ao longo do trabalho, com a abordagem crítica da doutrina e, mais a frente, da jurisprudência.

²⁸² SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 588.

²⁸³ Sobre o pioneirismo de Canaris acerca do tratamento técnico-jurídico da proibição de insuficiência: CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 905; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 262. Jorge Reis Novais afirma que na falta de um princípio constitucional similar ao da proibição de excesso para estruturar o juízo de controle, a doutrina de Canaris iniciou a reflexão sobre um princípio decorrente do Estado de Direito e do Estado Social para verificar a dimensão positiva dos direitos fundamentais, o que resultou na proibição de déficit. In *Direitos Sociais* cit., p. 392.

²⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

Ao comentar o caso Lüth^{285 286}, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, e a autonomia argumentativa e dogmática da função de tutela do Estado, Canaris batizou como “proibição de insuficiência” a situação em que a Constituição “proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de protecção”²⁸⁷. O Autor defende que a proibição de insuficiência constitui uma categoria dogmática autônoma, não sendo uma mera mutação do princípio da proporcionalidade, ainda que etapas do juízo de proporcionalidade façam parte da solução de questões da protecção deficitária. Ressalta, porém, “a eficácia mais tênue da função de imperativo de tutela e da proibição de insuficiência” em relação à proibição de excesso²⁸⁸.

No tocante à caracterização da omissão, o jurista aponta que “é indispensável superar um primeiro específico limiar de argumentação” para depois “fundamentar a existência de um dever jurídico de agir”. Ao Estado não se impõe igual ônus de fundamentação nas situações de omissão como nos casos de atuação interventiva, pois na segunda hipótese haveria uma única medida a ser analisada, enquanto na primeira situação haveria diversas medidas omitidas. A dificuldade ainda reside no fato que nem todos os meios jurídicos de protecção são constitucionalmente determinados²⁸⁹.

Defende o Autor que a ordem jurídica carece de instrumentos para situações de perigo, a fim de possibilitar a protecção eficiente dos bens jurídicos-fundamentais, sem que a análise da proibição de insuficiência seja feita individualmente a cada situação, mas sim na sua globalidade²⁹⁰.

No que tange aos diversos bens jurídicos protegidos legalmente, embora trate de direito privado, o Autor aponta que, com exceção do direito à vida e à liberdade, que estariam no topo da prioridade, os demais bens são de difícil organização hierárquica. Trazendo esse pensamento para os direitos fundamentais sociais, comunga-se do entendimento de que é “possível estabelecer regras abstractas de precedência” e que elas “podem assumir relevância na fundamentação argumentativa de deveres de protecção”²⁹¹²⁹². Se é certa a escassez de recursos para atender todos os direitos prestacionais, a eleição

²⁸⁵ BVerfGE n.º 7/198.

²⁸⁶ Dieter Grimm comenta que o caso Lüth foi o início de uma série de julgados onde o Tribunal Constitucional alemão “precisou da noção de valores objetivos a fim de demonstrar que os direitos fundamentais não estavam confinados à aplicação vertical”. In *A função protetiva do Estado* cit., p. 156.

²⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., pp. 59-60.

²⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 65.

²⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 65.

²⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 110.

²⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 113.

²⁹² Canaris alega que “quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular

de quais serão mais bem atendidos, seja através do Orçamento do Estado, do plano de governo ou mesmo da liberdade de conformação do legislador, colabora com a constatação da proibição de insuficiência.

A obra aponta que nem toda norma ordinária se presta à realização dos direitos fundamentais. Ao serviço do regime infraconstitucional há diferentes mecanismos que auxiliam quando se analisa a globalidade e o funcionamento em conjunto do sistema de proteção. Ao legislador foram facultadas diversas alternativas para conformar o direito infraconstitucional, o que, segundo o Autor, permite reduzir o *standard* de proteção alcançado, sem violar a proibição de insuficiência. Essa hipótese seria possível em razão da fraqueza da proibição de insuficiência, da dificuldade de argumentação jurídica e da discricionariedade política^{293 294}.

É justamente a dificuldade e a ausência de densidade jurídica das decisões sobre a proteção deficitária que se tenta afastar neste trabalho. O tema, muitas vezes, é tratado de forma superficial, sem o necessário juízo de ponderação. Quanto à liberdade do legislador, embora se defenda a sua existência, entende-se que é preciso cautela quando se reduz um direito outrora garantido.

Canaris sustenta a existência de limites, a fim de evitar situações em que o legislador suprima, sem uma alternativa, um direito. Tal hipótese resultaria em um vazio de proteção massivo que, por óbvio, ofenderia o imperativo de tutela e de realização eficiente da função estatal. Aduz que o legislador não possui liberdade para a realização de qualquer medida arbitrária; porém, a medida a ser tomada não deve ser imposta pela própria Constituição. Adiciona que “o legislador pode, em princípio, fixar-se a si mesmo o objectivo de alcançar um nível de protecção superior ao mínimo correspondente aos direitos fundamentais”, porque a Constituição deixa em aberto as inúmeras possibilidades de proteção eficiente²⁹⁵.

para uma eficiente autoproteção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico-constitucional de protecção”. In *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 114.

²⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 118.

²⁹⁴ Canaris cita o seguinte exemplo: “Assim, o legislador poderia, por exemplo, reduzir, de modo não irrelevante, a protecção, pela responsabilidade extracontratual, da vida, da saúde e da propriedade, em favor da liberdade geral de acção, sem dessa forma estar a cometer uma violação da Constituição. É claro que o legislador também poderia substituir, em grande medida, a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil pelo risco por uma solução do tipo de um seguro, desde que esta solução fosse conformada de forma a oferecer ao lesado um protecção eficiente”. In *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 118.

²⁹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., pp. 118-120.

Sobre o dever de proteção e a proibição de insuficiência, o Autor discorre que são autônomos e não se coincidem, pois “na pergunta pelo dever de proteção trata-se do ‘se’ da proteção, enquanto a proibição de insuficiência tematiza a pergunta pelo ‘como’”. Refere-se a “dois percursos argumentativos distintos”, pois um visa saber se existe um dever do Estado em proteger, para depois debater em que nível deve ser realizado, sem com isso atingir patamar aquém do mínimo constitucionalmente garantido²⁹⁶. Soma-se a necessidade de mensurar a eficácia a cada problema específico, além do fato de constituir um critério graduável, o que leva à ideia de proibição de insuficiência. O Autor defende que se o conteúdo do direito estiver integralmente positivado, determinado e mensurável pela Constituição, não há qualquer função autônoma à proibição de insuficiência. Entretanto, é a indeterminabilidade dos direitos sociais e a possibilidade de conformação do legislar que impõe a utilização do princípio como ponderação²⁹⁷.

Carlos Bernal Pulido afirma que na dogmática alemã a proibição de proteção deficiente é bem conhecida e entendida como um critério estrutural de determinação dos direitos fundamentais. A aplicação pode determinar uma omissão estatal e, por conseguinte, a violação de um direito fundamental. Entretanto, a simples afirmação de que o princípio é uma versão da proporcionalidade é rechaçada por parte considerável da doutrina²⁹⁸.

Ao comentar a obra de Canaris, Vitalino Canas expõe que a proibição de insuficiência está fundada em dois requisitos: a existência de um dever de proteção e a aplicação da norma de direito fundamental através de interpretação. Aponta que “este apuramento é um passo metódico anterior a qualquer operação de ponderação”, uma vez que “os deveres de proteção são em princípio indeterminados”²⁹⁹.

Assim, entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência o legislador possui um corredor livre de atuação (*Korridor zwischen Übermassverbot und Untermassverbot*)³⁰⁰. A tese *Korridor* e outras serão abordadas mais à frente. Por ora,

²⁹⁶ Vitalino Canas resume que para o jurista alemão “a proibição da insuficiência funciona como o veículo apropriado para delimitar o núcleo mínimo de proteção (*Schutzminimum*) do direito fundamental e evitar que o cumprimento do Estado fique abaixo dele”. In *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 909.

²⁹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., pp. 122-124 e 138.

²⁹⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 799.

²⁹⁹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 908.

³⁰⁰ Ao citar uma decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre uma situação envolvendo a proteção do trabalhador em caso de desemprego, Canaris sustenta que há que se garantir das duas proibições, ou seja, “por um lado, indagar se a intervenção nos direitos fundamentais de uma parte onera esta de forma que ofenda a ‘proibição do excesso’; e, por outro lado, averiguar se a lei está, por exemplo, aquém daquele mínimo que a Constituição impõe para proteção da outra parte”. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 34.

restringe-se à ideia principal, qual seja, a discricionariedade política limitada por um máximo e um mínimo de atuação³⁰¹. Um princípio resguarda o cidadão e os direitos de defesa em relação às ações positivas do Estado; o outro, apura se a ação do Estado assegura um mínimo de proteção³⁰².

A obra de Canaris ainda aborda a perspectiva da inconstitucionalidade por défice de proteção. Para o Autor, o instrumento não é destinado apenas à omissão legislativa, mas também quando da aplicação do direito ao caso concreto. O juiz estaria autorizado a cumprir essa tarefa face a uma violação da proibição de insuficiência³⁰³. Nada obstante, afirma que “o objecto da vinculação e do controlo pelos direitos fundamentais não é aqui a decisão judicial enquanto tal, mas antes a proposição que lhe subjaz e que a sustenta”³⁰⁴. O juízo constitucional deveria partir da ideia de livre conformação do legislador, entre a proibição de excesso e de insuficiência, o que evitaria a alegação de ofensa à separação de poderes³⁰⁵.

Jorge Reis Novais aponta que coube a Canaris desenvolver “uma construção de *Untermassverbot* enquanto critério constitucional autônomo de controlo no domínio da função dos direitos fundamentais como comandos de protecção”. Destaca, ainda, que para Canaris o princípio da proibição de défice está baseado em controle de resultado e controle de mínimos. Trazendo a questão para os direitos fundamentais sociais, a abstração dessas prestações dificulta a definição de uma grandeza a ser cumprida, pois o que se analisa é um não-ato, logo não há exatamente uma relação de comparação. A verificação de inconstitucionalidade estaria limitada ao controle de evidência, ou seja, se o legislador realizou o mínimo imposto³⁰⁶.

³⁰¹ Quanto ao exercício dos dois princípios em conjunto, Canaris adverte que “se, no desempenho da função de imperativo de tutela, nos limitarmos mesmo a realizar, apenas, o mínimo de protecção dos direitos fundamentais jurídicos-constitucionalmente imposto, e se, para tal, for necessário intervir num direito fundamental conflituante, a proibição do excesso não pode logicamente, de todo em todo, ser violada por tal intervenção, de tal sorte que a sua aferição é aqui desnecessária”. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 127.

³⁰² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., pp. 121 e ss.; CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 909.

³⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 124.

³⁰⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 131.

³⁰⁵ Jorge Reis Novais afirma que a proibição de insuficiência de protecção não é destinada somente ao juiz constitucional, pois “em caso de omissão legislativa inconstitucional por violação daquele princípio, desencadeia-se a necessidade/possibilidade de intervenção do juiz comum igualmente obrigado a proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares por força da sua vinculação ao dever estatal de protecção”. In *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 266.

³⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., pp. 262-264; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito* cit., p. 169.

O controle de resultado e de mínimos não foi a teoria inicialmente utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal, que considerou “que a proibição do défice exigiria uma garantia adequada e efectiva do bem protegido, o que iria claramente além do que deveria ser um controlo de evidência próprio de um controlo de mínimos”^{307 308}.

A obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* de Claus-Wilhelm Canaris introduziu na literatura jurídica as primeiras impressões sobre a proibição de insuficiência e a elaboração de uma razão dogmática. Apesar do notório pioneirismo e mérito ao iniciar a discussão, a obra não é isenta de críticas. Entre elas, Vitalino Canas destaca algumas: i) a ausência de distinção entre o dever mínimo de proteção, através de uma proteção absoluta de insuficiência, e o dever de proteção *prima facie*, como instrumento de harmonização; ii) a redução da aplicação da proibição de insuficiência com a desconsideração de outros domínios em que o Estado também está vinculado a agir, destacando-se que a obra trata mais de direito privado; e iii) a abordagem superficial da relação entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, a qual será abordada no capítulo seguinte³⁰⁹.

Os obstáculos para a utilização desse instrumento de ponderação no âmbito dos direitos fundamentais sociais perduram, principalmente em razão do que Canaris chama de necessidade de “um esforço argumentativo especial”³¹⁰ para a utilização frente à constatação de proteção deficitária por parte do Estado³¹¹.

³⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 262.

³⁰⁸ Sobre as formas de controle na obra de Canaris, Jorge Reis Novais acrescenta que “na aplicação do controlo da proibição do défice, a verificação da eventual inconstitucionalidade da omissão estatal vem limitada a um controlo de evidência, mas, mais do que isso, vem referido agora a um controlo destinado a verificar se o legislador fálhou os mínimos do dever de realização que lhe era imposto”. E, ainda, que a análise constitucional de realização de um mínimo de proteção está ligada a um controlo de evidências ou a segurança do conteúdo essencial, o que, por sua vez, refere-se ao controlo de resultado alcançado ou previsível. In *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 170-171.

³⁰⁹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 910-913.

³¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 134.

³¹¹ Conforme Lenio Streck, o problema da aplicação da *Untermassverbot* e da *Übermassverbot* “está no modo tabula rasa que esses princípios têm sido utilizados, transformados, no mais das vezes, em um simples ‘raciocínio discricionário’, pelo qual o resultado depende de um juízo subjetivo do intérprete”. In *Jurisdição Constitucional* cit., p. 278.

1.2 A autonomia dogmática do princípio da proibição de insuficiência

A questão sobre a autonomia dogmática da proibição de insuficiência não encontra consenso na doutrina. Para parte dela, o ponto fulcral do debate é a possível falta de operacionalidade do princípio que assegure a verificação nos casos em que o legislador agiu de forma aquém do mínimo ou permaneceu omissos em suas tarefas constitucionais.

Compreende-se que a proibição de insuficiência possui autonomia dogmática e atua “como critério para aferição da violação dos deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção”³¹². A partir do momento em que a Constituição tem sua força normativa e a vinculação em relação aos poderes públicos e nela está contida, de forma expressa ou não, a imposição de realizar tarefas para a realização do bem-estar social, proteção da dignidade da pessoa humana e outros interesses constitucionais, é preciso encontrar parâmetros para identificar a falta de cumprimento injustificada e a inconstitucionalidade por omissão. Caso assim não fosse, a Constituição seria, como dito na primeira parte deste trabalho, apenas um pedaço de papel³¹³.

Nas palavras de Vitalino Canas, “a proibição do defeito foi vista como mais um instrumento de incremento do poder do juiz em detrimento da margem de conformação do legislador democrático”, salientando, contudo, a observação de fixar limites para a aplicação do princípio, pois qualquer ato que vá além da detecção da omissão configuraria um risco à separação de poderes e à discricionariedade política³¹⁴.

A autonomia se justifica, pois a proibição de excesso e a proibição de insuficiência atuam sobre aspectos normativos diferentes, razão pela qual não podem ser considerados instrumentos idênticos³¹⁵. A primeira proibição analisa a escolha do legislador e o limite máximo autorizado constitucionalmente para restrição do direito, isto é, se a limitação

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.º 10, Madrid, 2006, p. 334.

³¹³ Sobre a necessidade de meios para assegurar os direitos, Canotilho diz que “a insuficiência de instrumentos do Estado de Direito para dar operacionalidade prática às omissões legislativas indicia que a concretização do bloco constitucional dirigente necessita, progressivamente, da afinação de garantias democráticas dos cidadãos”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente* cit., p. 483. Entre essas garantias, defende-se a proibição de insuficiência.

³¹⁴ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 912.

³¹⁵ Há quem diga que a proibição de defeito é uma forma de “excesso inverso” que ocorre quando existe ofensa ao grau mínimo necessário para satisfazer um direito. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 13.ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024, sem paginação (*e-book*, primeira parte, item 10.2.1).

utilizou meios proporcionais. A segunda proibição analisa a proteção estatal ou tarefa constitucional e a realização da prestação entregue ao cidadão, no caso dos direitos fundamentais sociais. Novamente, nas palavras de Vitalino Canas, “mesmo que sobre uma lei se possa dizer que ela não viola o princípio da proporcionalidade daí não se pode deduzir que todas as demais tarefas legislativas constitucionalmente estabelecidas foram cumpridas”³¹⁶.

Tampouco haveria necessidade de se discutir a autonomia da *Untermassverbot* se, em qualquer situação, aquilo que realmente fosse exigido pelos direitos fundamentais sociais pudesse ser dogmaticamente justificado sem o instrumento do princípio da proibição de insuficiência³¹⁷. A possibilidade de ajuizar a inconstitucionalidade por omissão perante o Tribunal Constitucional, ação prevista no ordenamento português e brasileiro, e o dever de prestação por parte do Estado fazem com que o controle judicial precise de um parâmetro que lhe auxilie a identificar a realização abaixo do padrão mínimo quando se trata de direitos sociais. Como mencionado por Jorge Reis Novais, “é estruturalmente mais complexo apreciar a inconstitucionalidade de um não acto do que a de um acto”³¹⁸.

Para além das relações triangulares, a qual envolve particulares e proteção dos direitos fundamentais contra agressões de outros particulares ou entidades estrangeiras, a *Untermassverbot* repercute, o que é objeto de estudo, nas relações bipolares, entre o Estado e o indivíduo titular de um direito fundamental social. A simples análise se o Estado restringiu excessivamente um direito e, com isso, gerou eventual inconstitucionalidade, não é suficiente para afastar a autonomia do princípio, pois impediria a verificação de quando se tratar de um dever estatal.

Ninguém contesta a existência do princípio da proibição de excesso como forma de impor *limite aos limites* do Estado e de exigir o respeito aos direitos fundamentais. Logo, também não faria sentido se opor ao surgimento e ao desenvolvimento dogmático de um princípio que surge na doutrina e a na jurisprudência constitucional com a finalidade de auxiliar no controle de eventual inconstitucionalidade em casos mais

³¹⁶ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 919.

³¹⁷ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.aa).

³¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 288.

complexos e difíceis, como, por exemplo, no dever de promoção dos direitos fundamentais³¹⁹.

Após afirmar a autonomia da proibição de insuficiência, José Paulo Baltazar Junior resume que as críticas à teoria da insuficiência e os deveres de proteção estão em três pontos: i) a ausência de ordem de valores na Constituição; ii) a jurisprudência constitucional que não especificou como “poderiam direitos de proteção subjetivos derivar do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais”; e iii) a inconsistência entre a proteção de dignidade da pessoa humana e a dever de proteção³²⁰.

Ratifica-se, em parte, as críticas. De fato, a Constituição não elencou uma ordem de realização dos direitos fundamentais sociais, tarefa difícil que delegou ao legislador ordinário para cumprir todos os direitos em um certo nível. Em relação à jurisprudência, que será analisada no terceiro capítulo, nota-se a falta de fundamentação exaustiva e de um juízo de ponderação quando se aplica o princípio da proibição de insuficiência, pois a mera alegação não é o bastante para a densidade que se espera de uma decisão no sistema de jurisdição constitucional. Por fim, embora seja difícil a cada época delimitar um padrão que respeite a dignidade da pessoa humana, é imperioso reconhecer que há, em qualquer circunstância, um dever de proteção estatal.

Contrário à autonomia da proibição de insuficiência, Alexy afirma que a vedação de desproporcionalidade por defeito não contém nada a mais do que aquilo previsto no princípio da proporcionalidade, de forma que ambas as proibições (excesso e insuficiência) são aspectos da proporcionalidade e, por isso, não há falar em autonomia³²¹.

Igualmente contrário à autonomia e inclusive discute a existência do princípio da proibição de insuficiência, Jorge Sampaio aponta que o conceito de “insuficiência” é resultado de mera ponderação decorrente da necessidade de estabelecer preferências, o que é proibido pela proporcionalidade. O Autor acrescenta que a proporcionalidade é aplicável às hipóteses de omissão estatal dos deveres positivos. Assim, há a desnecessidade da criação de um novo princípio^{322 323}.

³¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 289; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito* cit., p. 172.

³²⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 87.

³²¹ ALEXY, Robert. *Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección*. In *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Organización Jan-R. Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 129-130.

³²² SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 861 e ss..

³²³ Sobre a análise crítica da obra/tese de doutoramento de Jorge Silva Sampaio: CANAS, Vitalino. *Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio sobre “Ponderação e Proporcionalidade. Uma teoria analítica do raciocínio constitucional”*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXIV, n.º 2, 2023, pp. 859-890.

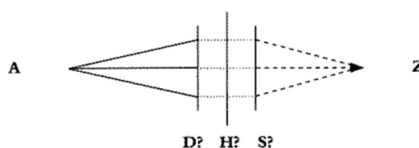
Considerando o amplo rol de direitos e a ausência de uma hierarquia entre eles, socorre-se à proporcionalidade e à ponderação. Dieter Grimm aponta que “a proibição de ir longe demais (*Untermassverbot*) e a proibição de fazer muito pouco (*Untermassverbot*) são o mesmo mecanismo, visto por ângulos diferentes”³²⁴.

Por sua vez, Jorge Pereira da Silva aponta as críticas em geral sobre a autonomia do princípio da proibição de insuficiência³²⁵.

A primeira é a relação da proibição de insuficiência com os deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais, de forma que haveria uma mera correlação e não uma autonomia. Entende-se, entretanto, que são figuras distintas, pois os deveres do Estado são oriundos da própria Constituição e a proibição de insuficiência guarda ideia com a verificação, no caso em concreto, da omissão do poder estatal que, além de sua aplicação em outros ramos do direito, usa-se no âmbito prestacional como forma de garantir o respeito a um mínimo existencial e a garantia da dignidade da pessoa humana.

As duas figuras constitucionais possuem campos de aplicação diferentes e elementos distintos que as justifiquem. Segundo Jorge Pereira da Silva “não existe coincidência ontológica entre o dever de proteção e a proibição do déficit”, porquanto o dever é uma “imposição constitucional” e a proibição um “parâmetro de controle” daquela imposição³²⁶. Define-se um limite mínimo, antes do qual o legislador está em omissão e em ofensa ao princípio da proibição de insuficiência. Após esse limite, ressaltando que existem diversos meios alternativos para alcançá-lo, o legislador possui completa discricionariedade.

Jorge Pereira da Silva apresenta a seguinte imagem³²⁷:



“A” é o dever de proteção. “Z” é o máximo de proteção”. Entre os pontos “A” e “Z” é fixado um limite mínimo, o qual varia de acordo com o destinatário, as condições econômicas, sociais, políticas, isto é, o ponto-limite varia, razão pela qual pode ser “D”, “H” ou “S”. Contudo para chegar ao limite há diversos caminhos.

³²⁴ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado* cit., p. 162.

³²⁵ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., pp. 587 e ss..

³²⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 592.

³²⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 592.

A segunda hipótese sobre a autonomia, ocupa-se da tese da congruência entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, as duas como expressão máxima do princípio da proporcionalidade. Através de testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se chegaria ao mesmo resultado. Na lógica de que se um ato estatal protege “A” e, ao mesmo tempo, restringe o direito de “B”, e o contrário é verdadeiro, o resultado é o mesmo independente da fórmula utilizada.

Aborda-se com mais detalhes, a seguir, a tese da congruência, assim como a da liberdade de conformação do legislador, a da assimetria e a do englobamento.

A terceira crítica se restringe à proibição de insuficiência somente à intangibilidade do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, caracterizando-a como a última garantia do núcleo essencial. A hipótese parte do pressuposto de que o conteúdo mínimo, apesar de ser pensado geralmente sob o aspecto de limite negativo às restrições estatais, também pode ser compreendido em uma vertente positiva, de efetivação dos direitos fundamentais para garantir uma proteção em todas as áreas. E, assim, “a proibição do défice constituiria justamente a garantia última desse conteúdo essencial”³²⁸.

Não se discute que se deva respeitar o núcleo essencial do direito. Todavia, isso não se confunde nem torna a vedação de proteção deficitária algo não autônomo dentro do sistema jurídico.

Em relação aos direitos fundamentais sociais, apesar de a Constituição não mencionar o como e o quanto deve ser efetivado, a eles também se aplica o respeito ao núcleo essencial, reforçando o valor da dignidade da pessoa humana. É de se ressaltar, contudo, que no sistema constitucional português, o n.º 3 do artigo 18.º da Constituição veda somente a restrição de efeito retroativo aos direitos, liberdades e garantias, com a manutenção do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Sem revisitar a discussão sobre a unidade dogmática, entende-se que a proteção da confiança também se aplica aos direitos sociais. Para eles, Carlos Blanco de Moraes afirma que “valerá, por conseguinte, o princípio da proteção da confiança contra afetações, retroativas ou retrospectivas, que imponham sacrifícios graves, arbitrários e excessivos”³²⁹. Como bem menciona Vieira de Andrade, o conteúdo essencial é, em regra,

³²⁸ SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., p. 187.

³²⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 492.

para além do mínimo a ser definido pelo legislador no exercício de sua discricionariedade, sem, entretanto, olvidar a vinculação ao preceito constitucional^{330 331}.

A quarta vertente se relaciona à doutrina que compreende os direitos fundamentais como princípios jurídicos. Na ideia *alexiana* de que princípios são mandamentos de otimização, se tudo for considerado como princípio, inclusive os direitos fundamentais³³², então a proibição de insuficiência nada teria a acrescentar. Também não se concorda com essa hipótese.

A um, porque como defendido na primeira parte desta dissertação, os direitos fundamentais, em especial, os sociais, são realmente direitos, vinculam o legislador e a administração como um todo e devem ser cumpridos de acordo com as condições do momento.

A dois, a proibição de déficit é sim instrumento de ponderação na análise das omissões legislativas, não sendo uma questão de *principiologia* ou de princípio sem densidade jurídica. Se fosse apenas uma questão de princípios, poderia então o juiz constitucional mudar completamente a vontade do legislador, sob a alegação de que chegou a um resultado melhor, o que, mais uma vez, contrariaria a separação de poderes.

Por fim, a última crítica à autonomia está associada à função de fiscalização de constitucionalidade dos Tribunais, pois a proibição de insuficiência seria somente destinada ao controle de evidência no cumprimento do dever estatal.

Em que pese a fundamental importância da jurisdição constitucional na eventual omissão dos direitos prestacionais, a análise dos controles de resultado e de evidência não afastam a autonomia da proibição de insuficiência. Ademais, a *Untermassverbot*, como

³³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 265. Sobre o uso da proporcionalidade na restrição de direitos, Vieira de Andrade menciona que “na resolução abstracta de conflitos, não havendo uma autorização específica para a sua intervenção, o legislador terá de pautar-se obrigatoriamente por critérios de mera harmonização e deverá, em regra, abster-se de fixar preferências abstractas, utilizando conceitos flexíveis, que permitam a consideração das circunstâncias concretas nos casos em que as leis venham a aplicar-se”. Tal entendimento se encaixa às situações dos direitos fundamentais sociais, porque, uma vez que não há determinação específica, a forma de atuar ou a restrição passa por instrumentos jurídicos de ponderação. In *Os direitos fundamentais* cit., p. 267.

³³¹ Jorge Reis Novais indica que a origem da garantia do conteúdo essencial está associada à Constituição de Weimar, onde as normas de direito fundamental eram meramente programáticas e a garantia se dava apenas com fundamento no princípio geral da legalidade da Administração. No pós-guerra, a garantia do conteúdo essencial procurou dar plena efetividade aos direitos fundamentais. Após a análise crítica das teorias absoluta, relativa, objetiva e subjetiva – o que se deixa de abordar por questões metodológicas e limitativas do trabalho – o Autor afirma que o respeito ao conteúdo essencial constitui “um elemento de sinalização da necessidade de preservar no direito fundamental, tanto quanto possível, um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo, objectivo ou subjectivo, demarcado materialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana”. In *As restrições* cit., pp. 779 e ss..

³³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 575.

visto, também tem aplicação no direito privado e pode ser utilizada em relação a outros poderes do Estado, não somente dentro do sistema de justiça.

Analisadas as críticas em geral sobre a autonomia, em relação ao princípio da proibição de insuficiência e a sua vinculação ao princípio da proporcionalidade, segunda hipótese apresentada, elenca-se as principais teses acerca do tema³³³.

1.2.1 Tese da congruência (*Kongruenzthese*)

Para a tese da congruência, o resultado obtido no âmbito dos direitos fundamentais, com base no princípio da proibição de insuficiência, é o mesmo daquele alcançado com o princípio da proibição de excesso. Se caso utilizado os testes de proibição de excesso para chegar a idêntico resultado (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), falar-se-ia em congruência estrutural³³⁴. Assim, a proibição de insuficiência em nada acrescentaria ao conteúdo dos deveres do Estado e haveria coincidência com a proibição de excesso, pois qualquer outro instrumento de controle de constitucionalidade seria dispensável³³⁵.

Para os defensores da tese da congruência, “uma solução legislativa que seja simultaneamente adequada, necessária e proporcionada, para efeitos de averiguação de sua conformidade com o regime constitucional das restrições, cumprirá inevitavelmente a interdição de proteção insuficiente”³³⁶. Entretanto, isso deixaria o legislador sem qualquer margem de ação frente às diversas formas de realização dos direitos fundamentais, porque impediria, por exemplo, a adoção de medidas mais intensas de proteção³³⁷. A proibição de excesso e a proibição de insuficiência seriam então

³³³ Jorge Sampaio apresenta posição divergente em relação à divisão em quatro teses sobre a proibição de insuficiência e o princípio da proporcionalidade. Alega que o esquema é problemático, porque compara hipóteses que não estão dentro do mesmo espaço lógico a: “i) parece referir-se aos resultados da aplicação dos princípios; ii) respeita à discricionariedade das autoridades decisórias; iii) parece advogar a autonomia conceptual entre os dois princípios; iv) parece reconduzir-se à ideia de que ambos os princípios atendem a uma ideia comum, sem que isso impeça a variação do seu conteúdo estrutural”. In *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 863.

³³⁴ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., pp. 595-596.

³³⁵ Extraí-se da obra de Vitalino Canas a seguinte crítica: “Da tese da congruência decorre que não é teoricamente possível conceber três hipóteses: a validade total do ato legislativo, a violação do dever de proteção ou a afetação excessiva do direito de defesa. Há apenas duas suposições: ou o ato legislativo é válido por a interferência no direito de defesa não violar os segmentos do princípio da proporcionalidade, sendo adequado, necessário e proporcional na prossecução do dever de proteção; ou o princípio da proporcionalidade é violado por a interferência do direito de defesa ser excessiva por não ser exigida pelo dever de proteção”. In *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 915.

³³⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 596.

³³⁷ Afirma Jorge Pereira da Silva que “num Estado de direito democrático, tanto a proporcionalidade como a liberdade conformativa do legislador têm a estrutura jurídica de princípios e, portanto, não é legítima uma

inseparáveis, sem autonomia própria, o que afastaria a ideia de um espaço (*Korridor*) entre os dois princípios, no qual o legislador possuiria liberdade para agir³³⁸. Como bem exposto por José Paulo Baltazar Junior, “a tese da congruência ignora o campo de liberdade deixado ao legislador para concretização do dever de proteção”³³⁹.

Ao reconectar os direitos fundamentais à teoria dos princípios, Martin Borowski afirma que a tese da congruência afasta a margem de ação do legislador, pois o ponto de equilíbrio, entendido como a única ação possível, não pode ser alcançado apenas pela ponderação de princípios materiais antagônicos (proibição de excesso e proibição de insuficiência). O “ponto” seria o lugar em que se encontra a proibição de excesso derivada do direito de defesa e do dever de agir decorrente do direito fundamental de proteção.

Defendendo a necessidade de uma margem para atuação estatal, alega Martin Borowski que há três áreas: uma em que o direito de defesa prevalece, outra em que o direito prestacional prevalece e, por fim, uma terceira consistente na área de liberdade de atuação até um ponto ou outro. Reafirma que a garantia dos direitos fundamentais a prestações não inicia onde se encerra a proteção dos direitos de defesa^{340 341}.

Para Jorge Pereira da Silva, a proibição de excesso é um “fim legal” e a Constituição possibilita, não impõe, as restrições. A proibição de insuficiência é um “fim constitucional”, fixada na Constituição e extraída por via hermenêutica. Uma outra diferença, que impediria o reconhecimento da tese da congruência, é que o objeto da proibição de excesso é um ato concreto; por sua vez, o porquê da proibição de insuficiência é o “estado da ordem jurídica” em relação aos diversos instrumentos e considerações do ato estatal³⁴². Diferente da proibição de excesso, a proibição de déficit não se utiliza de um direito contraposto ou de uma comparação, pois se refere, na verdade, a uma relação causal de “meio” e de “fim”³⁴³.

Em igual sentido, Laura Clérico diz que dentro da proibição de excesso, o “meio” é dado desde o início e foi debatido e estabelecido pelo legislador ou pela administração.

concepção daquela que arrase com esta, transformando em regra geral os casos pontualíssimos de redução a zero da discricionariedade legislativa de avaliação e conformação”. In *Deveres do Estado* cit., p. 597.

³³⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 913.

³³⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 84.

³⁴⁰ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.e.bb); BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.e.bb).

³⁴¹ Vitalino Canas entende que apesar de Borowski tentar criar uma alternativa à tese da congruência, na verdade, o que se tem na teoria do doutrinador alemão é uma variante mitigada da congruência. In *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 921.

³⁴² SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., pp. 598-599.

³⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 462.

Por outro lado, na proibição de insuficiência o “meio” é indeterminado. No tocante ao “fim”, na proibição de excesso ele é determinado pelo legislador, não se reduz a uma obrigação constitucional, diferente da proibição de insuficiência em que o “fim” se refere a uma prestação constitucionalmente prevista³⁴⁴.

Ao comentar o ceticismo de parte da doutrina sobre a autonomia da proibição de insuficiência e a defesa da tese da congruência, Sarlet diz que para os críticos o entendimento é que, em relação aos resultados, há substancial congruência, “no sentido de que aquele que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência”³⁴⁵.

Ao dialogar com a crítica de Johannes Dietlein, para quem há uma congruência parcial, Sarlet descreve que para o jurista alemão, o requisito da proibição de excesso “constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa”, ou seja, o controle é no âmbito interno da lei. Na proibição de insuficiência, o requisito constitui “uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto”, pois está diretamente ligada a um valor constitucional^{346 347}. Dito de outra forma, a proibição de insuficiência determina a efetivação de certas medidas, enquanto a proibição de excesso perquire a correção das medidas adotadas³⁴⁸. Em interpretação um pouco distinta, Vitalino Canas aponta que Dietlein defende a autonomia dogmática, chamando-a, inclusive, de tese da divergência, rejeitando a tese da congruência³⁴⁹.

Entretanto, para os direitos sociais, considerando as suas características e as finalidades impostas pela Constituição, a tese da congruência não se mostra suficiente para garantir a proteção mínima exigida em cada caso, em especial, pela possibilidade de haver restrição da liberdade de conformação do legislador. Se há apenas uma alternativa, então o legislador e o juiz estão igualmente obrigados a adotar a medida apontada como

³⁴⁴ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad* cit., p. 124.

³⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais* cit., p. 338.

³⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais* cit., pp. 338-340.

³⁴⁷ Ainda sobre a crítica de Dietlein, para quem as duas figuras são recíprocas, ao traduzir a metáfora sobre o “carro” e a “roda”, Jorge Pereira da Silva extrai da obra do jurista alemão: “Da mesma forma que a roda não pode andar mais depressa do que o carro, assim também a *Untermassverbot* não pode possuir uma densidade reguladora maior do que a tarefa legislativa que lhe serve de base”. In *Deveres do Estado* cit., p. 591.

³⁴⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 82.

³⁴⁹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 917.

a única correta. E, se o legislador não tomasse a iniciativa, competiria ao juiz substituí-lo, o que suscitaria controvérsias sobre a separação de poderes³⁵⁰.

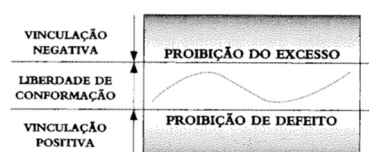
A aplicação da proibição de defeito não traz prejuízo à verificação do possível excesso, o que permite a não exclusão de uma em favor da outra, conforme os argumentos expostos.

1.2.2 Tese da liberdade de conformação (*Korridor*)

A tese da liberdade de conformação, ou a tese *Korridor*, conforme mencionada na obra da Canaris, coloca a discricionariedade entre um mínimo de proteção (proibição de insuficiência) e um máximo de restrição (proibição de excesso).

A liberdade de conformação está a uma distância plausível entre os dois polos, o que permite ao legislador se movimentar entre esse corredor, de acordo com o governo de ocasião, as condições políticas, econômicas e outras. Não existe uma única solução perfeita para o problema e cabe ao legislador encontrar a resposta que entender cabível³⁵¹.

Utiliza-se o gráfico desenhado por Jorge Pereira da Silva³⁵²:



Na tese *Korridor*, o legislador possui liberdade, porque não está constitucionalmente subordinado entre os dois polos, por isso “pode proteger mais ou menos, pode restringir mais ou menos, de acordo com a sua avaliação e margem de decisão, desde que não transponha o limite máximo (fixado pela *Übermassverbot*, isto é, não restrinja excessivamente) nem fique aquém do limiar mínimo (a *Untermassverbot*, ou seja, não projeta insuficientemente)”³⁵³.

³⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 295. Acrescenta o Autor que embora não seja o único parâmetro a ser adotado, “difícilmente se revolvem problemas difíceis de direitos fundamentais sem o recurso a um escrutínio da acção dos poderes públicos à luz da proibição do excesso”. In *Princípios estruturantes de Estado de Direito* cit., p. 175.

³⁵¹ Rui Medeiros aponta que é “a própria estrutura das normas consagradoras de direitos sociais que abre a porta a uma ampla liberdade de conformação do legislador ordinário”. Entre o mínimo garantido e a proteção máxima, subsiste um espaço para o legislador legitimado democraticamente atuar. Logo, não há “fundamento constitucional para legitimar qualquer petrificação da normação legal concretizadora de direitos sociais”. In *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., pp. 677-681.

³⁵² SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 659.

³⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 265; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes de Estado de Direito* cit., p. 171.

Como principal vantagem, destaca-se o respeito à separação de poderes, pois, entre a *Untermassverbot* e a *Übermassverbot*, não caberia à jurisdição constitucional decidir sobre a tomada da melhor decisão. Outro aspecto é que sendo as linhas do máximo e do mínimo paralelas, elas não se cruzam, não havendo confusão entre a proibição de excesso e do déficit, o que não acontece na tese da congruência.

Contrário à existência de um princípio da proibição de insuficiência, Jorge Sampaio aduz que a tese *Korridor* “se revela genericamente correcta, pese embora nada implique ou demonstre quanto à relação conceptual entre o princípio da proporcionalidade e o alegado princípio da proibição da insuficiência, nem tão-pouco quanto à existência deste último princípio”³⁵⁴.

Em relação à proteção dos direitos, o limite da proibição de excesso não pode ser ultrapassado, o que resultaria em inconstitucionalidade, enquanto o limite da proibição de insuficiência, no sentido ascendente, pode (e é desejado que ocorra) ser ultrapassado, sem questionamentos sobre a constitucionalidade³⁵⁵.

Ainda quanto à proteção, é fundamental distinguir que a proibição de excesso se encontra constitucionalmente positivada quando a Constituição afirma que os direitos, liberdades e garantias somente serão restringidos ao limite necessário para salvaguardar outros direitos igualmente protegidos³⁵⁶. Por sua vez, a proibição de insuficiência, embora possa ser obtida via hermenêutica constitucional, com fundamento na dignidade da pessoa humana, no Estado Social, nas normas-tarefas e outros, não está expressamente positivada.

1.2.3 Tese da assimetria

A tese da assimetria entre a proibição de insuficiência e a proibição de excesso, igual à tese da liberdade de conformação, também visa a não convergência entre os dois princípios, porém se funda em argumentos distintos. Para a tese da assimetria, “as linhas traçadas pela proibição de déficit e pela proibição de excesso têm que ser discrepantes, porque divergente é igualmente o nível de vinculatividade dos deveres de protecção e dos direitos de defesa”³⁵⁷. A tese é bastante difundida na obra de Canaris, conforme exposto

³⁵⁴ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 887-888.

³⁵⁵ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 600.

³⁵⁶ Artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

³⁵⁷ SILVA, Jorge Pereira. *Interdição de protecção insuficiente* cit., p. 198.

no item anterior, ao mencionar que a eficácia da proibição de *défice* é mais fraca do que a proibição de excesso³⁵⁸.

A ideia se resume ao fato de que no momento da restrição de um direito, basta analisar a única medida legislativa adotada. Por outro lado, no momento da omissão, é preciso considerar as mais diversas alternativas de efetivação daquela prestação e apenas a ausência de todas as possibilidades configuraria ofensa à proibição de insuficiência³⁵⁹.

Nos dizeres de Alexy, “para a satisfação do dever de proteção ou de fomento – como para a satisfação dos direitos a prestações em geral – basta a realização de uma única ação adequada de proteção ou de fomento”. O Autor continua que “se houver somente uma ação adequada de proteção ou fomento é que se pode dizer que ela é necessária para a satisfação do direito a prestação”, nesse caso a estrutura do direito positivo é igual à do direito negativo³⁶⁰.

Embora se concorde com a afirmação, ela não tem o condão de tornar a tese preponderante em desfavor das demais, pois a simples alegação de assimetria entre o conteúdo da proibição de insuficiência, relativa aos deveres de proteção, e o conteúdo da garantia da proibição de excesso, referente aos direitos de defesa, não é suficiente para esclarecer a omissão estatal.

1.2.4 Tese do englobamento da proporcionalidade

A tese do englobamento se refere à junção da proibição de insuficiência e da proibição de excesso em um *superprincípio* da proporcionalidade. O que também tem sido chamado da dupla face do princípio da proporcionalidade.

A ideia de dupla face da proporcionalidade é aceita por boa parte da doutrina brasileira, com o fundamentado de que o princípio atua “simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção”³⁶¹.

Jorge Reis Novais acrescenta que a simples contraposição semântica entre a proibição a mais e a proibição a menos, que parte da doutrina coloca sob o amplo aspecto

³⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 65.

³⁵⁹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 604.

³⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 462-463.

³⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 416.

da proporcionalidade, acaba por distorcer o sentido da proibição de insuficiência. Adiciona que a proibição de insuficiência não guarda relação de proporcionalidade entre duas ou três grandezas, bem como que os critérios da proporcionalidade são ineficazes quando se trata de omissões³⁶².

Compreende-se que a proibição de insuficiência tem dogmática própria, em especial, como controle dos padrões mínimos de realização dos direitos sociais. A análise de um caso concreto à luz da proibição de insuficiência e da proibição de excesso, além de outros instrumentos de ponderação, possibilita ao intérprete da lei uma maior fundamentação.

A clássica utilização do princípio da proporcionalidade parece preservar somente o lado do excesso, sem abranger a insuficiência. A novidade é que a proibição de insuficiência, independentemente da forma como se compreende a sua autonomia (e aqui se defende que é autônoma) gera repercussão no princípio da proporcionalidade³⁶³.

Carlos Bernal Pulido menciona que na doutrina alemã a distinção entre a *Übermassverbot* e a *Untermassverbot* é mais conhecida, sendo destinada a proibição de insuficiência à estrutura da proporcionalidade na aplicação dos direitos fundamentais. Registra que a proibição de proteção deficiente tem a mesma estrutura geral da proibição de excesso; porém, é necessário se levar em conta que a função que lhe é atribuída é de defesa de um direito fundamental que impõe ao legislador um dever de ação, consistente em concretizar o objeto na maior medida possível.

Ainda que o doutrinador afirme que *em geral* a estrutura é similar, aponta, na sequência, as diferenças: i) o próprio ato a ser examinado, no caso, uma omissão legislativa ou uma ação que não protegeu o direito fundamental como um todo ou em sua máxima potencialização; ii) sob o aspecto negativo, a norma jurídica ou a abstenção legislativa não são adequadas para proteger ao máximo a posição afetada; e iii) sob o aspecto positivo, a norma jurídica ou a abstenção são consideradas uma intervenção no direito, se não conduzir a um estado de coisas em que a realização do direito fundamental seja garantida na maior medida possível³⁶⁴.

³⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 169 e 183.

³⁶³ Conforme menciona Jesús María Casal, “*Ante lo cual es preciso observar que el cuestionamiento de la deliberada o inadvertida decisión legislativa de procurar la realización de un bien en un grado menor al que sería fácticamente posible no pertenece en rigor al examen de idoneidad de la medida, sino ha de evaluarse en otros contextos dogmáticos, como el de la prohibición de protección deficiente o la inconstitucionalidad por omisión*”. In *Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Editorial Temis, 2020, p. 214.

³⁶⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., pp. 802-803.

Lenio Streck menciona que, em vez de se utilizar a expressão proporcionalidade, que para o Autor acaba sendo uma “panaceia para resolver qualquer problema”, usa-se a dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva (*Übermassverbot*) e a proteção contra omissões estatais (*Untermassverbot*). A inconstitucionalidade poderia ocorrer tanto pelo excesso (garantismo negativo) como pela debilidade da proteção (garantismo positivo), porque a proporcionalidade estaria vinculada a todas as ações derivadas da Constituição. Como consequência, há uma diminuição da liberdade de conformação do legislador e, independentemente de qual tese se aplique, é necessária a existência de uma regra, a fim de evitar transformar a proibição de insuficiência “em mais um modo de estabelecer discricionariedade/arbitrariedades interpretativas”³⁶⁵.

Nessa linha, Sarlet, que descreve que a proibição de insuficiência “em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da ideia de proporcionalidade tomada em sentido amplo”, aponta que ao legislador é garantido um espaço de conformação maior, embora não absoluto, e que a intensidade de vinculação à proibição de insuficiência, quando se trata de uma omissão, é menor do que a vinculação à proibição de excesso, em caso de uma ação. Aponta, ainda, a ausência de uma elaboração dogmática desenvolvida igual àquela existente para a proibição de excesso, em razão de ser o instrumento recente na jurisprudência, bem como da resistência de parte da doutrina³⁶⁶.

Vitalino Canas discorre que, superada a dicotomia entre a tese da congruência e a tese *Korridor*, a autonomia da proibição de excesso e da proibição de insuficiência se justifica em razão de suas diferenças (pressupostos, âmbito, estrutura e objeto). Os dois autônomos princípios não estariam dentro do conceito clássico de proporcionalidade que coincidiria apenas com a proibição de excesso³⁶⁷.

A principal dificuldade em admitir, pura e simplesmente, que a proibição de insuficiência nada mais é do que o contrário da proibição de excesso se localiza na tentativa (in)existosa de utilização do triplo teste de proporcionalidade clássica

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., pp. 290-292.

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais* cit., p. 336.

³⁶⁷ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 957. O Autor apresenta a distinção dos dois princípios, nos seguintes aspectos: “i) na aceitação da autonomia das proibições; ii) na distinção dos âmbitos de aplicação de cada uma delas, assente na diferente estrutura das colisões que requerem a sua observância; iii) na segmentação dos vários tipos de deveres a que o legislador está contraditoriamente sujeito; iv) na distinção entre modalidades da proibição do defeito; v) na aplicação da distinção entre norma de ação e norma de controle; vi) nos objetivos traçados ao legislador decorrentes da aplicação da proibição do defeito; vii) na estrutura da proibição do defeito; viii) nos termos da sua aplicação como norma de controle, incluindo a sua estrutura e metódica e a amplitude e intensidade do poder do juiz constitucional” (pp. 957-958).

(adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) no caso de proteção deficitária. De acordo com Sarlet, há uma confluência entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência nas duas primeiras etapas ao analisar as características de cada instituto. Entretanto, na terceira etapa, a argumentação jurídica é extremamente variada, pois considera os deveres de agir e os limites de intervenção em direitos de defesa, o que o doutrinador chama de estabelecer uma “concordância prática multipolar”³⁶⁸.

Assim, dedica-se o próximo capítulo, ao abordar os demais instrumentos de ponderação, inclusive a (in)compatibilidade entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência com a aplicação do teste de proporcionalidade clássica.

³⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 419.

2 A proibição de insuficiência e outros instrumentos de ponderação

A natureza jurídica dos direitos sociais e a dificuldade de caracterizar o seu conteúdo essencial exige que juízos de ponderação sejam “inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”³⁶⁹, uma vez que as questões envolvendo esses direitos precisam levar em consideração todas as perspectivas possíveis.

Não à toa, Canotilho alega que a dificuldade de estruturar o conteúdo da norma fez com que os direitos fundamentais sociais fossem afastados da dogmática jurídico-constitucional e analisados a partir de teorias da justiça, da fundamentação, da argumentação ou sob a ótica da análise econômica do direito³⁷⁰.

Nos dizeres de Alexy, “a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios”, entre eles, a liberdade fática, a igualdade, a separação de poderes, além de princípios materiais. A resposta “é tarefa dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais”³⁷¹.

A aplicação do princípio da proibição de insuficiência, assim como nos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança - todos princípios estruturantes do Estado de Direito -, deve resguardar o conteúdo normativo do direito social inalterado³⁷². Vitalino Canas argumenta que a proibição de insuficiência “pode ou não assumir a função de instrumento de mediação de operações de harmonização de bens,

³⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 719.

³⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”* cit., p. 98. Acrescenta o Professor de Coimbra que “a deslocação da retórica discursiva para outros planos teóricos e teóricos tem contribuído para a afirmação de *teorias gerais* dos direitos fundamentais de inquestionável sofisticação científico-conceitual, mas, simultaneamente, as *metateorias* sobre direitos geram uma ‘capitulação-resignação’ do seu *regime garantístico e protectivo* a nível jurídico-constitucional”. E, ainda, que “os sinais de saturação da dogmática dos direitos a prestações transportam inquietantes sugestões, intencionalmente dirigidas à sua exclusão do discurso normativo-constitucional” (p. 98). É justamente essa crítica ao decisionismo na área dos direitos sociais que se tenta afastar, com a adoção de critérios para a fundamentação das decisões jurisdicionais, considerando as peculiaridades dos direitos prestacionais, a separação dos poderes, o respeito à dignidade da pessoa humana e, principalmente, um juízo exaustivo de ponderação de princípios.

³⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 512. O Autor aponta que essas condições precisam estar presentes quando se trata de direitos fundamentais sociais mínimos, o que exemplifica como o direito “a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica” (p. 512).

³⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 199.

interesses ou valores tutelados por normas em situação de colisão, uma vez que abrange situações em que o dever do legislador tem caráter categórico”³⁷³.

Sem reabrir a querela sobre a unidade dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos sociais, Rui Medeiros, ao comentar as ideias de Jorge Reis Novais, aponta que o regime comum compreende a defesa do *limite dos limites*, o que inclui a utilização dos princípios da proibição de excesso, da igualdade, da confiança³⁷⁴.

Agora, o que se pretende é acrescentar a proibição de insuficiência como instrumento de ponderação na fiscalização da omissão estatal no âmbito dos direitos sociais. Após a afirmação da autonomia dogmática, desde a sua origem na doutrina e na jurisprudência alemã, com a exposição crítica dos fundamentos contrários e favoráveis, analisa-se o porquê da dificuldade da simples aplicação do teste triplo de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) quando se trata de direitos sociais³⁷⁵.

Na sequência, aborda-se outros instrumentos de ponderação na resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais (princípio da igualdade, da proteção da confiança e da razoabilidade) e a relação com a proibição de insuficiência.

2.1 A proibição de insuficiência e a proibição de excesso

A ideia do princípio da proporcionalidade, em um primeiro momento, remete à restrição do poder estatal para assegurar os direitos e as liberdades do indivíduo ou de um determinado grupo. Em relação aos chamados direitos fundamentais de primeira geração, sem afastar as críticas doutrinárias, mostra-se razoavelmente eficaz a sua aplicação nos casos de colisão. Como Ingo Sarlet menciona, o princípio da proporcionalidade “constitui um dos pilares do Estado democrático de direito”, na forma de instrumento de controle dos atos comissivos ou omissivos dos poderes públicos³⁷⁶.

Foi essa, inclusive, a opção da Constituição da República Portuguesa no n.º 2 do artigo 18.º, a submeter ao crivo da proporcionalidade apenas os direitos, liberdades e

³⁷³ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 961.

³⁷⁴ MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., p. 670.

³⁷⁵ Apesar da variação terminológica, utiliza-se os termos “adequação” e “necessidade” por serem aqueles comumente encontrados na doutrina de língua portuguesa.

³⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 415.

garantias³⁷⁷. A previsão configura um “limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”, pois impõe a justificativa para a restrição de um direito³⁷⁸.

Entretanto, com as devidas mudanças, entende-se que a proibição de insuficiência também impõe um limite ao legislador e que a omissão somente é aceita se justificada. Aponta-se as palavras de Paulo Bonavides, para quem “a proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução”³⁷⁹.

Jorge Miranda adverte ao dizer que “se todas as funções do Estado sofrem influxo do princípio, é na função legislativa que ele assume maior melindre”³⁸⁰. Ao relacionar o Estado de Direito e a proporcionalidade, o Autor afirma que não se trata de um “princípio neutro porque se refere a valores éticos ou se eleva mesmo a verdadeiro princípio axiológico fundamental” e que a análise “pode também servir de critério ou de directiva para as relações que se desenrolem no interior do aparelho institucional do Estado, *maxime* na consideração das competências dos órgãos em determinadas vicissitudes”³⁸¹.

A fórmula proposta por Robert Alexy propõe o exame de proporcionalidade em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na primeira etapa - adequação ou princípio da conformidade - elimina-se os meios não adequados, ou seja, é um critério negativo e não um ponto máximo de possibilidades. Exclui-se algumas medidas, sem determinar tudo³⁸². Há dificuldades quando se cuida de um ato relativo ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, em razão da liberdade de conformação do legislador³⁸³.

Na segunda etapa - necessidade ou princípio da exigibilidade - determina-se que “dentro dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso”, pois “em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição”³⁸⁴. O ponto central é a “menor ingerência possível” e o “direito à menor desvantagem possível”³⁸⁵.

³⁷⁷ Entre outros: SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *El ambicioso programa de derechos económicos y sociales de la Constitución Portuguesa y su aplicación innovadora por el Tribunal Constitucional*. Revista española de derecho constitucional, Ano 2023, n.º 127, p. 137.

³⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional* cit., pp. 457-458.

³⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 411.

³⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 332.

³⁸¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV cit., p. 207.

³⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 590.

³⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional* cit., p. 270.

³⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 590-591.

³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 270.

Superadas as duas primeiras etapas, a proporcionalidade em sentido estrito contrapõe as vantagens e as desvantagens³⁸⁶. Trata-se da constatação específica da medida escolhida, de colocar os meios e o fim em uma equação mediante juízo de ponderação³⁸⁷.

Não obstante as críticas sobre a tríade de Alexy^{388 389}, o teste de proporcionalidade sugerido possui ampla utilização na jurisprudência. Compreende-se, todavia, que somente o uso da proporcionalidade, na sua acepção de proibição de excesso³⁹⁰, não é suficiente para preservar os direitos sociais e outros aspectos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a separação de poderes.

Não há dúvidas de que o teste de proporcionalidade é complexo. Além do aspecto defensivo da proporcionalidade, utilizado para garantir direitos mínimos contra limitações estatais, no contexto dos direitos sociais a proporcionalidade pode ser também um instrumento para dar conteúdo aos direitos³⁹¹.

Vitalino Canas explica que para os direitos fundamentais sociais se adota duas fórmulas de ponderação. A primeira se restringe ao instrumento clássico, como a proibição de excesso, com a utilização do teste de proporcionalidade de Alexy. A segunda, na qual se filia, mais do que a simples utilização da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, outros meios como a proibição de insuficiência, a razoabilidade e a proteção da confiança permitem a tomada da melhor decisão³⁹².

Para reduzir a margem de decisão política que possa gerar uma violação a um direito social enquanto direito positivo, Jorge Reis Novais utiliza a expressão *guardas de*

³⁸⁶ Extrai-se da obra de Alexy: “Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes”. In *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 593. Sobre o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios, entre tantos: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições* cit., pp. 322 e ss..

³⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 270.

³⁸⁸ Embora não seja o tema deste trabalho, destaca-se, em especial, a divergência entre Böckenförde e Alexy, conforme abordada na obra do último jurista. In *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 575 e ss..

³⁸⁹ Jorge Reis Novais critica os riscos da banalização e da simplificação da tríade do princípio da proporcionalidade. In *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 100 e ss.. Lenio Streck aponta o uso irracional da ponderação e, por consequência, a fragilidade da argumentação jurídica pelo uso simples do princípio da proporcionalidade. In *Jurisdição Constitucional* cit., pp. 277 e ss..

³⁹⁰ Canotilho expõe que o princípio da proibição de excesso é usado como “princípio de controlo” pelos Tribunais Constitucionais para verificação da adequação dos meios administrativos quanto à persecução do fim e ao balanceamento concreto dos direitos em conflito. In *Direito Constitucional* cit., p. 286. Por sua vez, Paulo Bonavides argumenta que o princípio da proporcionalidade “confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*)”. In *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 406.

³⁹¹ BILCHITZ, David. *Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine*. Oxford University Press and New York University School of Law, 2014, p. 736.

³⁹² CANAS, Vitalino. *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., p. 588.

flanco para os princípios da proibição de excesso, da igualdade e da proteção da confiança. Apesar desses instrumentos jurídicos, permanece a dúvida de quando a omissão é inconstitucional por violação aos mandamentos positivados no texto constitucional³⁹³.

Quando se trata de um direito fundamental negativo, o ponto é verificar se o legislador “foi longe demais”. Por outro lado, quando se refere a um direito fundamental positivo, a questão é verificar se o legislador “fez muito pouco”. Isto é, a prova da proibição de excesso está na intervenção estatal; a prova da proibição de insuficiência, na proporcionalidade exigida quanto aos meios possíveis³⁹⁴.

Sobre o tema da estrutura do princípio da proibição de insuficiência, Vitalino Canas aduz que apesar de inicialmente o assunto ser quase ignorado, como se vê na obra de Canaris, hoje é um dos tópicos mais conflitantes sobre omissões estatais. O imbróglio coloca em lados opostos os defensores da tese da congruência, que admitem que a proibição de excesso e de insuficiência possuem os mesmos testes, embora com pequenas modificações, e aqueles que rechaçam totalmente a estrutura argumentativa de excesso para uso de insuficiência ou modificam apenas os testes de “adequação” e “necessidade”³⁹⁵.

Em relação as duas primeiras etapas, se a medida restritiva puder ser substituída por outra menos gravosa, resta claro que houve violação do teste de necessidade na verificação da proibição de excesso. Entretanto, se o caso for de direito prestacional e a medida adotada não satisfazer a contento o direito social, por certo ela é inadequada, o que não permitiria os demais testes de proporcionalidade³⁹⁶.

Jorge Pereira da Silva afirma que “os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade estão talhados à medida dos comuns ‘programas condicionais’, do tipo ‘se (...) então (...)’, e não para serem usados em ‘programas finais’, orientados para a obtenção de resultados, como aqueles que caracterizam os deveres de proteção e a proibição de insuficiência”. Enquanto na proibição de excesso a necessidade é apurada através de comparação com outra medida ou um direito contraposto; na proibição de insuficiência, a principal operação é a ideia de efetividade da escolha, “como capacidade

³⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 391.

³⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade* cit., p. 108.

³⁹⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 1016.

³⁹⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 596; SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., p. 194.

real para atingir um resultado”³⁹⁷. O Autor esclarece que na averiguação do princípio da proibição de insuficiência existirá um teste de efetividade, em vez de um teste de necessidade como há na proibição de excesso, a fim de assegurar a “preservação de um bem jusfundamental nas relações concretas da vida em sociedade”³⁹⁸.

Jorge Miranda destaca que “o arbítrio e a infração do subprincípio da proibição de excesso significam desproporcionalidade positiva, a insuficiência ou o déficit de proteção desproporcionalidade negativa”. O Professor Catedrático justifica que o princípio da proporcionalidade se aplica, com as devidas variações, aos direitos sociais como, por exemplo, quando se destina recurso para uma ou outra prestação em razão da escassez ou se opta pela maior ou menor efetivação de direitos derivados a prestações³⁹⁹.

Carlos Bernal Pulido discorre que, *mutatis mutandis*, a estrutura de verificação da insuficiência segue as regras do excesso. Entretanto, o objeto da fiscalização de constitucionalidade é a omissão legislativa, total ou parcial, que não protege o direito fundamental. Diferente da proibição de excesso que usualmente é aplicada na análise da interferência estatal em um direito já consagrado, em especial, aqueles classificados como direitos de liberdade⁴⁰⁰.

Quanto à primeira etapa do teste de proporcionalidade, a omissão legislativa ou a norma legal é considerada não adequada quando deixa de proteger um direito de maneira satisfatória ao não permitir a efetivação de uma tarefa constitucionalmente legítima. De outra forma, a omissão somente passaria no teste de adequação se ela concebesse uma maior proteção social em relação à outra medida adotada pelo legislador.

Em relação ao teste de necessidade, a hipótese ocorre quando a omissão ou a norma não protege o direito fundamental, porém existe outra forma de omissão ou ato normativo que, alternativamente, favorece a realização da finalidade almejada com pelo menos a mesma intensidade.

³⁹⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 599. Sobre a diferença do resultado da proibição de excesso e de insuficiência, o Autor questiona: “Como poderia alguma vez chegar-se a medições idênticas se a própria bitola com que se mede é diferente?” (pp. 598-599).

³⁹⁸ SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., p. 208. Continua o Autor: “Esta avaliação de efectividade há-de, portanto, ter simultaneamente em conta: tanto os instrumentos de protecção primária (preventiva), quanto os de protecção secundária (repressiva ou restaurativa); tanto os institutos de carácter mais genérico (responsabilidade civil, tutela jurisdiccional efectiva), quanto as normas legais com um específica função de protecção (normas sancionatórias, normas sobre organização, procedimento e processo, normas sobre informação, normas de segurança, normas de correcção de posições desiguais, etc.)”.

³⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 331. No mesmo sentido: MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., p. 682.

⁴⁰⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., pp. 802 e ss..

A proporcionalidade em sentido estrito dentro da proibição de insuficiência, última etapa, é percebida quando o grau de favorecimento do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Por fim, Pulido registra que se estiver em colisão um direito fundamental de defesa e um direito fundamental de proteção - quando se aplicar simultaneamente a proibição de excesso e a proibição de insuficiência -, a não realização de um direito de proteção em seu grau máximo somente é aceitável na medida necessária para realizar o direito de defesa. Correlativamente, a intervenção no direito de defesa apenas é possível na medida exigida para a concretização do direito de proteção. Em ambos os casos, respeita-se a apreciação normativa do legislador⁴⁰¹.

Com algumas considerações, Ingo Sarlet discorre que a aplicação da proporcionalidade na perspectiva da proibição de insuficiência usa a análise trifásica⁴⁰². Ao relacionar a sua ideia com a de Christian Calliess, que defende a diferença dogmática e funcional entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, o brasileiro menciona que o exame de adequação visa garantir que a medida adotada seja capaz de assegurar de maneira eficaz a tutela do direito fundamental.

Em caso positivo, busca-se a existência de uma alternativa mais garantidora do direito, desde que isso não atinja de forma mais rigorosa direitos de terceiros ou da coletividade. Segundo Sarlet, nesta etapa do teste, Christian Calliess entende “que se torna possível controlar medidas isoladas no âmbito de uma concepção mais abrangente de proteção, por exemplo, quando esta envolve uma política pública ou um conjunto de políticas públicas”.

No último passo, pesquisa-se se a ameaça remanesce após a efetivação da medida e, caso ainda persista, se ela é tolerável frente a uma ponderação que considere a necessidade de garantir outros direitos a outros destinatários.

Embora nas duas primeiras etapas exista uma maior confluência entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, na terceira etapa “é necessário proceder a uma ponderação que leve em conta o quadro global, ou seja, tanto as exigências do dever de

⁴⁰¹ Carlos Bernal Pulido destaca que a proporcionalidade ainda que não constitua um procedimento objetivo para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais para o legislador, ele atende, na medida do possível e em comparação com outros critérios alternativos, às exigências da racionalidade e do respeito à discricionariedade política. In *El principio de proporcionalidad* cit., p. 807.

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 418 e ss..

proteção, quanto os níveis de intervenção em direitos de defesa de terceiros ou outros interesses coletivos (sociais)”⁴⁰³.

Martin Borowski argumenta que a correta estrutura da proibição de insuficiência considera as diferenças entre ação positiva e omissão, uma vez que apenas negar a autonomia da proibição de insuficiência ou a simples inversão da proibição de excesso não resolve a questão. A dúvida que permanece é a determinação daquilo que é considerado como “eficaz” ou “adequado” quando se trata de direitos prestacionais. Na segunda etapa (necessidade), o ponto fulcral é considerar todas as ações possíveis para cumprimento. Justifica-se que a razão se encontra na natureza *prima facie* dos direitos fundamentais, o que remete à discussão da primeira parte desta dissertação⁴⁰⁴.

Não há colisão, registra-se, entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, o que não quer dizer que a segunda vedação não seja autônoma ou esteja subordinada à primeira. A utilização de uma ou de ambas não afasta a vedação contra excessos ou insuficiências. Trata-se, na verdade, de proteção contra ameaças diferentes, em uma visão ambivalente dos direitos fundamentais.

Em que pese a possibilidade de haver colisão entre direitos de defesa e direitos de proteção, isso também não gera a incompatibilidade entre os dois princípios, mas sim a necessidade de conjugar os instrumentos jurídicos, inclusive com outros, em busca de uma concordância prática⁴⁰⁵.

É justamente a possibilidade de o Estado frustrar as tarefas constitucionais de bem-estar social, com níveis de atuação abaixo da proteção exigida, e incorrendo em omissões inconstitucionais que, para além da proibição de excesso, se traz a proibição de insuficiência. A desproporção, para mais ou para menos, caracteriza violação à proporcionalidade e, em consequência, a antijuricidade⁴⁰⁶.

Para Jorge Sampaio, que defende a inexistência de um princípio da proibição de insuficiência, a inespecificidade e a genericidade do princípio da proporcionalidade no

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 419.

⁴⁰⁴ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.1.d e II.2.b.bb); BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2).

⁴⁰⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 86. O Autor, citando Peter Unruh, aponta que “o legislador deve, então, de um lado se esforçar para não ficar aquém do mínimo de proteção e, de outro lado, atentar ao princípio da proporcionalidade, se ele não quiser se expor à crítica do Tribunal Constitucional Federal” (p. 85).

⁴⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 416.

âmbito dos direitos sociais resulta em uma “considerável extensão de discricionariedade conferida ao destinatário da norma – o Estado”⁴⁰⁷.

Nos *hard cases*, em especial, quando a omissão estatal se justifica pelo cumprimento do conteúdo de outra norma constitucional, urge a carência de um princípio que identifique a omissão injustificável de um direito fundamental social. No entanto, Jorge Sampaio afirma que “os deveres positivos decorrentes de normas constitucionais impositivas não se confundem com o eventual conteúdo de um princípio da proibição da insuficiência”⁴⁰⁸.

Em fórmula de enunciado, o Professor resume que “o princípio da proporcionalidade se mostra aplicável às acções deonticas de cumprimento parcial de deveres positivos, as quais suscitam necessariamente a verificação de um conflito normativo, cuja resolução ponderativa não poderá mostrar-se desproporcional nem por excesso nem por insuficiência, fica demonstrada a dispensabilidade teórico-conceptual da formulação de um princípio da proibição da insuficiência”⁴⁰⁹.

Após afastar a existência de um princípio da proibição de insuficiência, Jorge Sampaio centra o estudo na necessidade de um ajuste na aplicação da proporcionalidade em caso de omissão estatal em prestar os direitos positivos, *tese da variação estrutural*, ou se o uso de proporcionalidade nesses casos não requer nenhuma mudança na estrutura, *tese da equivalência estrutural*. Desde logo, o Autor esclarece que “o conteúdo estrutural tripartido da proporcionalidade é unívoco, não variando ao sabor das situações concretas a que se aplica” e, no caso das omissões, “ainda que a proporcionalidade possa ter de ser contrastada com cada uma das alternativas de acção possíveis, é sempre a mesma norma da proporcionalidade”⁴¹⁰.

Na tese da variação estrutural, a estrutura do princípio da proporcionalidade seria diferente pois, enquanto a verificação de possível excesso ensejaria somente um teste em

⁴⁰⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 865 e ss..

⁴⁰⁸ De acordo com o Autor, “a verdade é que tal convergência constitui uma confusão conceptual e ontológica, porque uma coisa são os deveres positivos (e as normas constitucionais primárias que os constituem) e outra coisa são as normas constitucionais secundárias que, mediante a regulação do exercício das competências de produção deontica, possam individualizar as situações de incumprimento parcial insuficiente do ponto de vista constitucional”. In *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 881.

⁴⁰⁹ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 891.

⁴¹⁰ Ao comentar a ideia de Feredico de Fazio sobre as duas teses, Jorge Sampaio elenca que estaria em causa: “um (i) *juízo de proporcionalidade positivo*, nos termos do qual se estabelecem preferências normativas em abstracto que se convertem em regras ponderativas – situação em que se deveria analisar todas as alternativas de acção hipotizáveis -, ou um (ii) *juízo de proporcionalidade negativo*, ao abrigo do qual se aprecia ou controla uma relação de precedência e regra ponderativa anteriormente expressadas – caso em que bastaria analisar o meio efectivamente adoptado”. In *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 907.

relação à ação específica, no caso de omissão “os testes da proporcionalidade teriam de ser aplicados tantas vezes quantas acções positivas alternativas fossem divisíveis”. Na tese da equivalência estrutural não haveria mudança no princípio da proporcionalidade, “tão-somente ocorrendo que a sua aplicabilidade é convocada num plano de enorme complexidade, deixando a autoridade decisória obrigada a exercer ponderativamente a discricionariedade de que dispõe”.

Nos casos de omissão total (*simpliciter*), Jorge Sampaio aponta que há uma violação direta da Constituição, pelo simples descumprimento, razão pela qual a ponderação e a proporcionalidade nada têm a oferecer.

De maneira um pouco diversa, Vitalino Canas argumenta que a omissão total viola a natureza do conteúdo mínimo do direito, se esse puder ser determinado. Se não for possível extrair um núcleo do direito, a omissão total está sujeita à proibição de insuficiência. Na tentativa de utilização das três etapas de proporcionalidade em caso de omissão total, o Professor argui que a adequação é de difícil caracterização, pois “uma omissão total é, por inferência lógica, um comportamento não adequado para prosseguir esse dever”. A segunda etapa enfrentaria os mesmos obstáculos da primeira, porque “há sempre alternativas a uma omissão total capazes de promover mais eficientemente o fim obrigatório *prima facie*, se este for um fim possível”. Somente a proporcionalidade em sentido estrito teria certa presteza em caso de omissão total, contudo, havendo um direito fundamental social no texto constitucional, é improvável que uma omissão total passasse pelo teste de proporcionalidade^{411 412}.

Na hipótese de cumprimento parcial ou omissão parcial, Jorge Sampaio defende que a análise da proporcionalidade impõe a aplicação da tríade adequação, necessidade e equilíbrio, nos mesmos termos da hipótese de verificação de excesso.

A adequação conecta-se à capacidade do meio deontico de gerar efeito no Estado de Coisas (EdC). Afirma o Autor que “um meio deontico pode ser mais ou menos capaz de contribuir para o EdC em abstracto (eficácia) e em concreto (efectividade), como pode ainda ser capaz de contribuir para o EdC desejado em cada uma das duas dimensões

⁴¹¹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 1017 e ss..

⁴¹² A divergência entre Vitalino Canas e Jorge Silva Sampaio sobre a questão das omissões totais é abordada na arguição à tese de doutoramento realizada pelo primeiro Professor em relação ao trabalho do segundo. In CANAS, Vitalino. *Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio* cit., pp. 886-887.

relevantes com mais ou menos eficácia”. Se o meio não for adequado, seria então “desproporcional por insuficiência de cumprimento do conteúdo do direito positivo”⁴¹³.

Laura Clérico aduz que as regras de adequação e de necessidade precisam ser modificadas para utilizar as três etapas da proporcionalidade em sentido amplo para a proibição de insuficiência. O “meio” é uma omissão, total ou parcial, e o “fim” a promoção de um direito fundamental das funções positivas do Estado, que pode ou não ser classificado como uma norma-tarefa do bem-estar social. O problema é determinar se a ação é obrigatória. Parte-se das considerações particulares do caso e observa-se o EdC (a realização insuficiente do direito) e o que se almeja alcançar através de uma ação dita suficiente⁴¹⁴.

Uma outra dificuldade, agora apontada por Vitalino Canas, é definir qual o grau de adequação: se basta uma adequação mínima ou se é exigido um *standard* maior. Considerar, porém, que apenas um grau máximo é adequado resultaria na eliminação do princípio da proibição de insuficiência e, por consequência, das possibilidades de mediação da ponderação e harmonização facultadas por ele⁴¹⁵.

Diante da dificuldade do exame de adequação na proibição de insuficiência, Laura Clérico propõe a dupla exigência, pois a razão para utilização do “meio” na proibição de insuficiência precisa ser mais forte do que a justificativa do “meio” na proibição de excesso⁴¹⁶. Ao final do exame de adequação, analisa-se a medida escolhida - tanto em termos abstratos e gerais como em termos concretos e no caso individual -, do fim estatal e da realização do direito de prestação positiva. E, embora Laura Clérico entenda que a estrutura básica da adequação continua sendo aquela da proibição de excesso, a dupla exigência amplia os fins quando eles não coincidem com a realização de um direito de prestação.

Na adequação no âmbito da proibição de insuficiência, Martin Borowski propõe a verificação interna e externa. Na primeira, a medida é adequada se a tarefa constitucional for atingida; na segunda, sonda-se se a omissão estatal promove fins

⁴¹³ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 912 e ss..

⁴¹⁴ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad* cit., pp. 118 e ss.; CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión* cit., pp. 173 e ss..

⁴¹⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 1024.

⁴¹⁶ Como exposto no capítulo anterior, o “meio” na proibição de defeito é indeterminado. Quando se verifica eventual excesso, o “meio” está claro desde o início e basta que ele promova o fim estabelecido para ser considerado adequado. Alexy cita que se é proibido prejudicar algo, então todas as ações que caracterizem uma destruição estão proibidas. Em contrapartida, se é determinada a proteção de algo, nem todas as ações que proporcionem a proteção estão pré-ordenadas. In ALEXY, Robert. *Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección* cit., p. 123.

legítimos. Cuida-se de uma análise objetiva do cumprimento e não das razões subjetivas do poder estatal⁴¹⁷.

Em relação à etapa de necessidade, Jorge Sampaio defende que o meio deontico parte de uma comparação entre o meio escolhido (ME) e os meios alternativos (MA), inclusive a intensidade de restrição de outro direito social constitucionalmente previsto. Logo, “o ME é desnecessário se, e apenas se, algum dos MA for tão ou mais eficiente e denotar uma intensidade restritiva média inferior ao ME”⁴¹⁸. O juízo de necessidade impõe a valoração entre a eficiência e o grau de restrição, sempre em vista do fim jurídico (FJ) almejado pela escolha política.

No mesmo pensamento, Laura Clérico alega que a limitação ao direito social é considerada injustificada se o Estado puder evitar a situação com a implementação de um meio alternativo que permita uma maior efetividade. Se é possível a realização maior de um direito social e o Estado não o faz, a omissão ou a medida insuficiente pode ser rechaçada⁴¹⁹. Nesse ponto, como exposto, o ônus da prova deve recair sobre o Estado.

Igual à etapa do teste de adequação, Martin Borowski também faz a distinção entre necessidade interna e externa para a proibição de insuficiência. Na interna, uma medida é desnecessária se houver outra que alcance o mesmo nível de satisfação do direito fundamental, porém com menor conflito com outros direitos; na externa, a pergunta é se uma outra medida promove o referido direito de maneira mais abrangente. No caso dos direitos sociais, se a ação garante um nível de satisfação maior e/ou uma maior quantidade de beneficiários⁴²⁰.

Em uma terceira e última etapa da proporcionalidade, com alterações para aplicação dentro do princípio da proibição de insuficiência, o exame do cumprimento parcial de um direito positivo resulta do efeito do equilíbrio e da concreta satisfação do meio escolhido. Observa-se os prós e contras da escolha, considerando, ao máximo, as repercussões e interações que a envolva (critérios estruturais, empíricos, normativos e analíticos)⁴²¹.

⁴¹⁷ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.cc.ccc.1).

⁴¹⁸ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 919 e ss..

⁴¹⁹ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad* cit., pp. 137 e ss.; CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión* cit., pp. 185 e ss..

⁴²⁰ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.cc.ccc.2).

⁴²¹ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., pp. 925 e ss.. De forma resumida, o Autor esclarece: “Caso o meio deontico de cumprimento parcial de certo direito positivo se mostre desequilibrado para a obtenção do FJ desejado, o meio é definitivamente desproporcional por insuficiência de cumprimento do conteúdo do direito positivo, daí advindo a sua omissão parcial constitucionalmente inadmissível; caso

Sem modificações da aplicação da terceira fase da proporcionalidade na proibição de excesso e de insuficiência, Laura Clérico aduz que, ao final dos testes, confronta-se se a não realização do direito de prestação é mais importante que os demais princípios e direitos envolvidos. Para isso, “*hay que considerar cómo impacta la no-realización del derecho de prestación positiva en el plan de vida de los afectados y de acuerdo con sus intereses y necesidades argumentables*”⁴²². Exige-se a ponderação entre a omissão e as razões que a justifique⁴²³.

Diferente é a posição de Jorge Reis Novais⁴²⁴. O ponto de partida para a divergência está na não aceitação da proibição de insuficiência simplesmente como a dupla face da proibição de excesso. Caso assim fosse entendida, a utilização da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito aplicada ao excesso também caberia à insuficiência, o que resultaria naquilo que o Autor chama de “inversão dos parâmetros de controlo da proporcionalidade”. No âmbito da insuficiência não importaria se as três grandezas estão em equilíbrio, mas sim se o dever de proteção do direito, conforme a previsão constitucional, foi suficiente, o que não permite espaço para “juízos de aptidão, de necessidade ou de proporcionalidade”⁴²⁵.

A questão se concentra na obrigação ou não de o Estado fornecer o direito prestacional e, caso positivo, se a proteção é o bastante para proteger o conteúdo mínimo, “não é um problema de proporcionalidade, é um problema de a protecção (não) garantida ser bastante ou ser insuficiente à luz dos comandos constitucionais”.

Cita, a título de exemplo, a dificuldade de se apurar a omissão legislativa, com base na proporcionalidade, quando são necessários centenas de parlamentares para aprovação de determinada medida. Ao mesmo tempo, esses parlamentares podem deixar de votar uma medida entre tantas outras ainda não apreciadas.

Na hipótese de omissão parcial, o Autor sugere a dúvida se o que está sob o prisma da proporcionalidade é o debate acerca da omissão parcial ou as medidas adotadas que

a importância concreta da satisfacibilidade da norma atributiva do direito positivo compense a importância concreta da satisfacibilidade do princípio restringido, então o exercício competencial de criação do meio não se encontra proibido pelo terceiro e último efeito da proporcionalidade, de onde resulta que o meio não é desproporcional, antes integrando o espectro de discricionariedade tudo considerado da autoridade decisória” (p. 931).

⁴²² CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad* cit., pp. 153 e ss.; CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión* cit., pp. 192 e ss..

⁴²³ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.cc.ccc.3).

⁴²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 182 e ss..

⁴²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 182; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 267.

não foram suficientes. Em ambos os casos, afirma que o controle de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não resolve a questão. Em contrapartida, propõe a divisão do princípio da proibição de insuficiência em duas máximas: a realização de um mínimo e a razoabilidade⁴²⁶.

Como bem exposto por Martin Borowski, embora a proibição de excesso não esteja integralmente incluída na verificação da proibição de insuficiência, a nova construção exata do segundo princípio é incerta e controversa⁴²⁷. A simples aplicação da tríade da proporcionalidade clássica não é o bastante para a caracterização da insuficiência estatal, porque, além de configurar a omissão, é preciso esclarecer a partir de que momento ela se configura.

Mesmo com as modificações nas duas primeiras etapas (adequação e necessidade), a questão não se resolve por completo. A utilização da proibição de insuficiência com os demais instrumentos de harmonização resulta em uma melhor fundamentação jurídica, a fim de resguardar o direito fundamental social, a separação de poderes e a dignidade da pessoa humana, dentre outros valores de um Estado Social de Direito.

2.2 A proibição de insuficiência e o princípio da igualdade

Uma das funções do Estado Social é proporcionar a igualdade de oportunidade e de desenvolvimento da personalidade humana. O princípio da igualdade é o mais constante e antigo nos textos constitucionais com lemas como “todos são iguais perante a lei” e, em razão da longevidade, o que mais sofreu com diversas evoluções⁴²⁸. Trata-se de um princípio axial do Estado de Direito⁴²⁹.

Após mudanças econômicas e sociais no século XX, o Estado assumiu o papel de promotor de melhorias na vida cotidiana com a execução de medidas públicas que

⁴²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 393.

⁴²⁷ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (e-book, segunda parte, item II.2.b.cc.bbb.2).

⁴²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 71. Sobre o direito geral de igualdade, entre outros: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., pp. 393 e ss.; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., pp. 169 e ss.; ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais* cit., pp. 75 e ss.; ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos* cit., pp. 577 e ss..

⁴²⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 497.

coloquem serviços de qualidade à disposição do indivíduo. O desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais reflete o amadurecimento da própria democracia e explicitam os valores de igualdade e de solidariedade⁴³⁰.

O avanço de técnicas de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão com o uso, por exemplo, da proibição de insuficiência, possibilita a efetivação daquilo previsto na Constituição. Além disso, o princípio da igualdade é supedâneo do Estado Social e utilizado para o controle das normas⁴³¹. Rejeita-se, portanto, a ideia de um Estado apenas negativo ou de proteção somente dos direitos fundamentais de liberdade, para, no lugar, permitir um sistema que, de fato, impõe (ou pelo menos tenta impor) a igualdade material e não apenas jurídica.

A igualdade jurídica cria para o poder público um dever de abstenção e se manifesta em uma posição subjetiva; a igualdade substancial, cria deveres de organização, procedimento e prestação, em uma posição objetiva de cumprimento do Estado Social⁴³². Logo, a norma que represente um retardo na efetivação dos direitos sociais está sujeita ao princípio da igualdade⁴³⁴.

Também o princípio da igualdade, no âmbito dos direitos sociais, visa impedir que somente determinado indivíduo ou grupo tenha acesso a uma prestação, sem que essa desigualdade de tratamento possua devida fundamentação. Conforme menciona Canotilho, “os chamados *direitos de prestações derivados com base no princípio da igualdade* não serão, a maior parte das vezes, propriamente direitos ou pretensões a *prestações* legislativas iguais mas sim direitos ou pretensões de defesa fundamentados na violação do princípio da igualdade”⁴³⁵.

Não se olvida da máxima aristotélica de que se trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, o que remete à dupla faceta do princípio da igualdade. Alexy

⁴³⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales* cit., p. 183.

⁴³¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *El ambicioso programa de derechos* cit., p. 142. Acerca da técnica argumentativa de proteção dos direitos sociais, destaca o Autor a utilização de princípios gerais do ordenamento constitucional que auxiliam a decisão judicial a limitar a discricionariedade política se estiver comprovada uma diminuição do nível de prestações sociais (p. 140).

⁴³² SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales* cit., p. 22; BRANCO, Paulo Gonet. *Juízo de ponderação* cit., pp. 286 e ss..

⁴³³ Conforme Nuno Ricardo Pereira Branco, “o princípio da igualdade revelar-se-á sempre uma determinante heterónoma da actividade do legislador quando encarado da sua perspectiva jurídica e não de uma perspectiva estritamente fáctica, exclusivamente reconduzível ao plano da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida”. In *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 258.

⁴³⁴ MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., p. 682.

⁴³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos”* cit., p. 110; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente* cit., pp. 388 e ss..

elucida que a referida fórmula se traduz em exigência do conteúdo da norma - no dever material de igualdade -, e não no dever formal da lógica da norma⁴³⁶.

A generalidade e até mesmo o indeterminismo das normas de direito social não necessariamente garantem a igualdade^{437 438}. Há de haver uma justificativa que permita que somente um grupo tenha acesso ao direito social, sem que se possa alegar ofensa à proibição de insuficiência em relação ao outro⁴³⁹. Isso porque, “há no controlo de igualdade uma ineliminável e intrínseca dimensão de relatividade, de proporcionalidade ou de equilíbrio associados àquela ideia de justa medida”⁴⁴⁰. Diferente da proibição de excesso onde se verifica somente a intensidade da restrição, no controle de igualdade se apura a existência de iniquidade.

Nessa equação se acrescenta a proibição de insuficiência, por entender que é necessário verificar se o grupo ou o indivíduo tratado com desigualdade está em uma situação em que o seu direito a um mínimo patamar social está aquém daquilo que se espera. Caso assim esteja, qual a justificativa estatal para a omissão. Alexy afirma que “a igualdade jurídica é um valor em si mesmo”, de forma que “o ônus argumentativo para o tratamento desigual é um postulado fundamental da racionalidade prática”⁴⁴¹.

A proporcionalidade não serve apenas à possível vantagem dos beneficiários de uma política pública, mas também para analisar a desvantagem imposta aos não beneficiados^{442 443}. Existe, assim, a possibilidade de comunicação entre o princípio da igualdade e a proibição de insuficiência, bem como de outros princípios do Estado de

⁴³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 399. No mesmo sentido: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada* cit., pp. 166 e ss..

⁴³⁷ Extrai-se da obra de Jorge Reis Novais: “Uma lei dotada da característica formal de generalidade pode ser tão profundamente inigualitária – desde que trate indiferenciadamente situações e pessoas cuja extrema desigualdade fáctica exigiria as correspondentes diferenciações de tratamento – quanto uma lei individual e concreta pode ser uma verdadeira exigência de igualdade, desde que a situação e a pessoa em causa sejam tão particulares e especiais que exijam um tratamento correspondentemente individualizante”. In *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 75.

⁴³⁸ Luis Pietro Sanchís aborda que em países como a Alemanha, que não possui um rol de direitos sociais específicos, a igualdade substancial se transmuta em um caminho para introduzir no ordenamento constitucional um princípio genérico que favoreça os direitos prestacionais. In *Los derechos sociales* cit., pp. 21-22.

⁴³⁹ Alexy afirma que “a igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências”. In *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 396.

⁴⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 87; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições* cit., p. 798.

⁴⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 418.

⁴⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 93.

⁴⁴³ Paulo Bonavides esclarece que, mesmo que o princípio da proporcionalidade não esteja escrito no texto constitucional, ele existe como norma esparsa e se infere de outros princípios afins, em especial, o da igualdade. In BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 444.

Direito (proibição de excesso, separação de poderes, dignidade da pessoa humana). O cenário permite uma melhor racionalização tanto dos recursos como da própria função jurisdicional.

Quanto à comprovação da (des)igualdade, o ônus recai sobre as hipóteses de distinção, pois a igualdade, por si, não carece de maiores explicações. O princípio da igualdade se traduz em uma obrigação de argumentação racional dos julgamentos de valores inescusáveis ao conectar uma determinada situação à consequência jurídica⁴⁴⁴.

Ao tratar das omissões total e parcial, Vieira de Andrade aponta que a primeira é facilmente detectada, porque basta estar caracterizada a necessidade de intervenção legislativa para efetivação do direito, o que permite maior censura por parte do Tribunal Constitucional. Por sua vez, na hipótese de omissão parcial, o princípio da igualdade permite tecer maiores considerações de caráter material, a fim de verificar a insuficiência ou incompletude da medida⁴⁴⁵.

Canotilho anota a tendência de reforçar a metódica da igualdade através do princípio da proporcionalidade, com as seguintes etapas: i) legitimidade do tratamento desigualitário; ii) adequação e a necessidade do tratamento de acordo com a finalidade almejada; e iii) própria proporcionalidade do tratamento desigual⁴⁴⁶.

De outra forma, Jorge Sampaio afirma que o princípio da igualdade não guarda relação com a proporcionalidade, porque, ao nível da estatuição, se proíbe a adoção de posições deontológicas diferentes para situações de igualdade e, ao nível da previsão, se procede à comparação para verificar a existência de igualdade⁴⁴⁷.

Apesar dos direitos sociais serem universais e não direitos de classe, há evidentemente que se considerar a relevância das condições económicas daquele que pleiteia algo em relação ao Estado. Em face da escassez de recursos e da reserva do possível, o próprio princípio da igualdade exige a diferenciação para dar efetividades aos direitos fundamentais. Jorge Miranda aponta que “precisamente porque há desigualdades de facto, as prestações em que se projetam não de tomá-las em conta, podem ser diferenciadas e não de ser suportadas desigualmente de acordo com as capacidades económicas”^{448 449}.

⁴⁴⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales* cit., pp. 25-26.

⁴⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 361.

⁴⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 1298.

⁴⁴⁷ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 999.

⁴⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., p. 549.

⁴⁴⁹ Considerando que todo direito tem um custo e que há sempre limitações, em especial, financeira, na lógica de que “os que podem pagar, devem pagar”, posição na qual se filia, Jorge Miranda defende que o

O tanto a ser suportado pela desigualdade pode ser vista de duas maneiras. Pela proibição de excesso, o foco seria a intensidade da restrição ou o quanto o cidadão consegue suportar; pela proibição de insuficiência, a análise recai sobre a insuficiência da totalidade de abrangência da medida ou o nível de prestação fornecido para aquele grupo que recebeu a menos.

2.3 A proibição de insuficiência e a proteção da confiança

É preciso existir uma relação mínima de confiança entre o cidadão e a administração pública para a manutenção da própria existência do Estado, refletida na boa-fé do cumprimento das normas aprovadas democraticamente. A crença de que os entes estatais atuam de forma constante e progressiva para a efetivação dos direitos justifica a manutenção da estrutura estatal.

A violação à progressividade dos direitos sociais impõe a adoção de medidas positivas quando o grau de satisfação se situar abaixo dos requisitos mínimos e, em outros casos, apenas será necessário assegurar a atual situação e não voltar atrás⁴⁵⁰. O princípio da proteção da confiança se apresenta como mais um instrumento de ponderação e harmonização tanto na escolha da medida legislativa como no controle de constitucionalidade⁴⁵¹. Embora confiança possa ser um conceito “difícil” e “fluido”⁴⁵².

José de Melo Alexandrino diz que a proteção da confiança é “em certa medida vizinha do princípio da proporcionalidade”, sendo limitada por três aspectos: a liberdade de conformação do legislador, a relação entre o tempo e a rigidez regulativa e a flexibilidade com a possibilidade de revisão das políticas públicas⁴⁵³.

A elevação do Estado como pessoa jurídica foi decisiva para a relação de boa-fé, existente em qualquer ato jurídico, pois a interação entre o Estado e o cidadão passa a ser

serviço deve ser remunerado por taxa e não por imposto e cita três motivos para isso: “1) porque assim tomam consciência do seu significado económico e social e das consequências de aproveitarem ou não os benefícios ou alcançarem ou não os resultados advenientes; 2) porque, em muitos casos, podem escolher entre serviços ou bens em alternativa; 3) porque mais de perto podem controlar a utilização do seu dinheiro e evitar ou atenuar o peso do aparelho burocrático”. In *Direitos Fundamentais* cit., p. 550.

⁴⁵⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., p. 89.

⁴⁵¹ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 1123.

⁴⁵² PINTO, Paulo Mota. *A proteção da confiança na jurisprudência da crise*. In *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1166.

⁴⁵³ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais* cit., pp. 85-86.

considerada como uma relação entre pessoas igualmente sujeitas a direitos e a deveres. Caso contrário, o cidadão, sem a faculdade de prever os atos estatais se transformaria em um “mero objecto do acontecer estatal”, o que, por óbvio, violaria diversos outros princípios constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana⁴⁵⁴.

O cidadão necessita de previsibilidade quanto à atuação do Estado. Jorge Miranda discorre que a previsibilidade exige: i) a publicidade dos atos públicos; ii) a certeza através do conhecimento da norma e de sua vigência, condições e destinatários; iii) a compreensão do texto da norma positivada; iv) a não arbitrariedade e adequação às necessidades coletivas; e v) a estabilidade, com a permanência das normas e de seus efeitos jurídicos. Com esses requisitos, o legislador emana leis direcionadas ao futuro, de aspecto, na maioria das vezes, gerais, em respeito ao princípio da igualdade⁴⁵⁵.

Inclusive o Professor Catedrático faz a sugestão de aplicação da proporcionalidade nos casos de nova lei que possa frustrar a expectativa do indivíduo quanto à concretização das normas constitucionais. Além de ser adequada e necessária, a nova norma não pode ser gravosa ao ponto de vulnerar o conteúdo essencial, pois deve “prosseguir um fim assumido ou suscetível de ser assumido pela consciência jurídica geral”, não podendo ser uma inovação que o cidadão não pudesse imaginar. Em caso de alteração, há de se fazer a mudança de forma gradativa⁴⁵⁶.

O cidadão tem a confiança - embora por vezes o próprio Estado gera a dúvida - de que a medida tomada observou todas as condições do momento e exauriu as demais possibilidades de execução. Eventual defeito ou mesmo a omissão total, aferida pela proibição de insuficiência, sem a comprovação da justificativa, viola, por conseguinte, o princípio da confiança⁴⁵⁷.

Sem se aprofundar por ora à questão da vedação ao retrocesso ou sobre os direitos sociais em época de crise, uma vez implementado um direito prestacional, não cabe ao legislador, de forma injustificada, abrupta ou excessiva, frustrar a expectativa gerada por ele mesmo.

⁴⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 213-216.

⁴⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 337-338.

⁴⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 342-343. Ainda sobre a proteção da confiança e o uso da proporcionalidade: CANAS, Vitalino: *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 1124 e ss.; MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional* cit., pp. 494 e ss..

⁴⁵⁷ Sem se aprofundar no tema da confiança, é certo que ela é um exercício mental. Cada indivíduo relaciona a confiança no Estado a bens e serviços distintos. Ao tratar da confiança enquanto aspecto institucional, Jorge Sampaio cita, no plano conceptual, que a confiança será legítima se: “i) for plausível, o que sucede caso as condições para a sua existência se verifiquem; ii) for bem fundamentada, o que ocorre se o fiduciário for digno de confiança; e iii) justificada, o que acontece se certo valor decorrer da confiança ou porque é valioso em si mesmo”. In *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 682.

Não se olvida que o nível do direito social não é estático. Tratar de forma diferente seria uma espécie de “travão” fundada no princípio social⁴⁵⁸. É certo que o direito social pode ser reduzido, porém se respeitado o mínimo e o núcleo essencial considerando as condições do momento. Além de quebrar a confiança dentro da relação cidadão e Estado, a descida do patamar do direito social aquém do esperado ofende a proibição de insuficiência no que tange à conformidade entre o tipo e a intensidade dos meios e o objetivo da Constituição⁴⁵⁹.

O retrocesso legislativo passa a ser considerado inconstitucional por violação a diversos princípios constitucionais como a proporcionalidade, a igualdade e a própria violação à confiança. Como salientado por Rui Medeiros, “na revisitação da concretização legal dos direitos sociais não pode o legislador ignorar a dimensão de princípios jusfundamentais materiais que assiste a estes direitos fundamentais”⁴⁶⁰.

Jorge Pereira da Silva alega que a “tese da monopolização da *Untermassverbot* pelos deveres de protecção jusfundamental é capaz de evitar sobreposições indesejáveis, mais ou menos extensas, com outras figuras constitucionais”. Entretanto, a falta de densidade jurídica da proibição de insuficiência faz com que a omissão seja escrutinada com fundamento em outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o da protecção da confiança⁴⁶¹.

Ao lado do princípio da igualdade, Pedro Sánchez elenca a segurança jurídica como parte essencial do Estado de Direito a ser utilizada de forma transversal em qualquer controle de constitucionalidade. Os dois princípios atuam em auxílio aos direitos sociais nos casos de um ato legislativo ofender a confiança legítima depositada pelo indivíduo, ao lado de outros princípios desenvolvidos para a protecção no âmbito do Tribunal Constitucional dos direitos fundamentais sociais⁴⁶².

Canotilho afirma que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”. O Professor de Coimbra acrescenta que “apenas na qualidade de princípios densificadores do princípio do Estado de Direito” é que a

⁴⁵⁸ FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O princípio da proibição de retrocesso social* cit., p. 815.

⁴⁵⁹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., pp. 573-576.

⁴⁶⁰ MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais* cit., p. 681.

⁴⁶¹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., pp. 590-591; SILVA, Jorge Pereira da. *Interdição de protecção insuficiente* cit., pp. 189-190.

⁴⁶² SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *El ambicioso programa de derechos* cit., p. 140.

confiança do cidadão e a segurança jurídica são utilizadas para análise da retroatividade de uma lei⁴⁶³.

O simples fato de o cidadão depositar sua confiança no Estado não faz com que a retroatividade seja inconstitucional⁴⁶⁴. Será inconstitucional se a retroatividade violar demais normas e princípios constitucionais, como, por exemplo, a proibição de insuficiência.

Ao relacionar o princípio da proteção da confiança com o princípio da proibição de excesso e de insuficiência, Vitalino Canas expõe três possibilidades⁴⁶⁵.

Na primeira, a proteção da confiança se apresenta como uma “versão enfraquecida” da proibição de excesso. Uma vez superados os requisitos iniciais da confiança, aplica-se a proporcionalidade clássica e, conforme se defende, também a proibição de insuficiência.

Na segunda, a proteção da confiança e a proibição de excesso são aplicadas de forma distintas e não sucessivas. O fato de estar preenchidos os requisitos de um, não implica na recondução do outro. Jorge Reis Novais esclarece que a comparação de alternativas restritivas é exercício comum tanto na proteção da confiança como na proibição de excesso. Entretanto, isso não invalida a autonomia do primeiro princípio, que permanece como meio de controle de constitucionalidade em qualquer situação⁴⁶⁶.

Na terceira hipótese, a proteção da confiança é vista como uma derivação da proibição de insuficiência. Se preenchidos os requisitos da proteção da confiança que, de acordo com o Autor, são a verificação da existência, a legitimidade e a relevância das expectativas, o próximo passo é a aplicação dos requisitos da proibição de insuficiência. O Autor, contudo, indica a dificuldade dessa possibilidade, pois uma coisa é a expectativa

⁴⁶³ Acerca da possível diferença entre os dois princípios, continua Canotilho: “Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. In *Direito Constitucional* cit., p. 257. Igualmente sobre a protecção da confiança enquanto dimensão subjectiva da segurança jurídica: OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português* cit., p. 88; NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 218 e ss.; FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O princípio da proibição de retrocesso social* cit., pp. 817 e ss..

⁴⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* cit., p. 261; SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 681; MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional* cit., p. 493.

⁴⁶⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 1136 e ss..

⁴⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 235.

do indivíduo, a outra é saber se a norma está abaixo do mínimo constitucionalmente exigido.

Em que pese a liberdade de conformação do legislador, quando se trata de direitos fundamentais sociais, essa liberdade sofre restrições em razão da expectativa relacionada à manutenção ou à melhoria daquelas prestações, a fim de observar o sacrifício imposto e a manutenção de um patamar mínimo⁴⁶⁷.

2.4 A proibição de insuficiência e a razoabilidade

Na sequência do estudo de outros meios de ponderação no âmbito dos direitos sociais, há quem defenda que, em vez de debater a insuficiência, discute-se o que é razoável o cidadão esperar do Estado⁴⁶⁸. Para tanto, a razoabilidade também impõe a verificação das condições materiais e recursos do particular e as circunstâncias econômicas, jurídicas e orçamentárias do Estado⁴⁶⁹.

Vitalino Canas discorre que o teste de razoabilidade tem origem no teste *Wednesbury* do direito administrativo britânico. No caso, o Tribunal fixa inicialmente o conteúdo e o âmbito de proteção do direito e, após, verifica o cumprimento. Sem a prefixação de etapas, a razoabilidade era aferida com indicadores determinados de acordo com cada caso⁴⁷⁰.

O princípio da razoabilidade é encontrado com maior frequência na jurisprudência constitucional de países do sistema *common law* (*rules of reasonableness*). O Tribunal Constitucional da África do Sul é utilizado como principal exemplo.

A Constituição da República Portuguesa não trata especificamente da razoabilidade, apenas menciona em alguns trechos o prazo razoável para resposta ou

⁴⁶⁷ Ao conectar a proteção da confiança com uma série de princípios e situações, Paulo Otero destaca a conexão íntima com a inviolabilidade da vida humana e o dever do Estado em fornecer condições mínimas à garantia da dignidade humana. In *Direito Constitucional Português* cit., p. 89.

⁴⁶⁸ Não se trata, por evidência, de um direito social a tudo. Jorge Reis Novais aponta que esse pensamento seria problemático, uma vez que então se poderia pleitear como direito social “aulas de tênis ou golfe, a férias nas Caraíbas, a uma mansão colonial na Índia ou a um meio de transporte individual para as deslocações para a universidade”. In *Direitos Sociais* cit., p. 229.

⁴⁶⁹ Luís Roberto Barroso adverte que a Constituição, embora prospectiva e transformadora, “deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social”. In *O direito constitucional* cit., p. 86.

⁴⁷⁰ CANAS, Vitalino. *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., pp. 623-624.

duração do processo⁴⁷¹. Igual é a Constituição brasileira⁴⁷². De outro lado, diferente é a situação da África do Sul, onde a Constituição impõe que o Estado adote medidas legislativas e outras razoáveis, dentro dos recursos disponíveis, para alcançar níveis satisfatórios e progressivos de direitos sociais como, por exemplo, moradia, saúde, fornecimento de água e alimentos, seguridade social⁴⁷³.

Enquanto a proporcionalidade em sentido estrito colocaria em prova os efeitos positivos e os efeitos negativos da norma ou da escolha política; na razoabilidade, somente os aspectos negativos e a dimensão do que é tolerável seria objeto de análise⁴⁷⁴.

Em uma visão autônoma na razoabilidade, mesmo que uma norma passe pelo critério da proporcionalidade, o que incluímos também a verificação de insuficiência, ela pode ser invalidada com fundamento na ofensa do princípio da razoabilidade⁴⁷⁵.

Embora sem a realização de um teste trifásico, a razoabilidade, assim como os demais instrumentos ora apresentados, exige profunda argumentação. Caso contrário, a simples menção à razoabilidade a tornaria em “mera razoabilidade”⁴⁷⁶. Lênio Streck aponta que o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade não são “enunciados performativos” e servem, na verdade, para “fincar as bases” da isonomia e da igualdade. Assim, os referidos princípios requerem cautela, ressaltando que “não há princípio sem regra e não há regra sem princípio”. Acrescenta, por fim, que a proporcionalidade e a razoabilidade “são desenvolvimentos históricos de certos elementos ligados à ação do Estado em relação aos seus cidadãos” e, por isso, “não podem ser apreendidos como conceitos universais”⁴⁷⁷.

Quanto aos direitos sociais, o uso da razoabilidade poderia sugerir um caminho diferente. Em vez da ideia de mínimo existencial, se utilizaria como padrão o razoável

⁴⁷¹ Artigos 20.º, n.º 4, 52.º, n.º 1, 156.º, alínea “d”, todos da Constituição da República Portuguesa.

⁴⁷² Artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. A Lei do Processo Administrativo Federal, por sua vez, impõe que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (artigo 2.º).

⁴⁷³ Artigos 26.º e 27.º da Constituição da República da África do Sul.

⁴⁷⁴ Colhe-se do Acórdão n.º 413/2010 do Tribunal Constituição Português: “O princípio da razoabilidade surge relacionado com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e orienta-se para a avaliação da razoabilidade da imposição na perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é afetado. Nesse plano, a questão não se coloca na adequação da gravidade do sacrifício imposto em relação à importância ou premência da realização dos fins prosseguidos, mas na circunstância de ocorrer uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões atinentes à sua subjetividade”.

⁴⁷⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 1080-1081.

⁴⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., pp. 419-421.

⁴⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., pp. 215 e ss..

exigido em relação ao Estado para a garantia de uma vida digna e, por consequência, respeitar a dignidade da pessoa humana⁴⁷⁸.

Em uma análise interpretativa sobre o nível de satisfação, Carlos Bernal Pulido indica que, ao contrário daqueles que defendem a ideia de mínimo existencial, os direitos sociais são satisfeitos *prima facie* em um máximo nível razoável. Embora o conceito também seja indeterminado, o nível precisa ser apropriado para que o cidadão tenha uma vida digna, de acordo com os parâmetros socioeconômicos de cada sociedade⁴⁷⁹.

Jorge Sampaio, ao expor a escassez de doutrina sobre a proibição de insuficiência e os direitos fundamentais positivos, alega que muitas vezes a questão é submetida ao crivo da razoabilidade e do conceito de conteúdo mínimo em vez da invocação do princípio da proporcionalidade⁴⁸⁰.

Ao afastar a aplicação da tríade da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) à proibição de insuficiência, conforme já demonstrado, Jorge Reis Novais aponta que uma alternativa para preenchimento do conteúdo normativo da insuficiência está na razoabilidade. A análise da omissão ou debilidade seria encontrada em uma situação intolerável ou desrazoável dentro da relação de expectativas sociais entre indivíduo e Estado. Alerta, contudo, que o princípio da razoabilidade “não é intrinsecamente dotado de necessidade lógica”, razão pela qual, por vezes, a abordagem é relativa e flexível de acordo com o caso.

A densificação do conteúdo proposto para a proibição de insuficiência estaria em torno de duas dimensões ou controle de constitucionalidade: a garantia de realização de um mínimo e a vedação de condutas não razoáveis, o que será mais bem abordado no último capítulo. Por fim, o Autor acrescenta que “no controlo de razoabilidade já não é a adequação da relação entre bens que é averiguada, mas sim a razoabilidade da relação entre um dever de direito público e a pessoa do obrigado”⁴⁸¹.

Haveria, então, inconstitucionalidade por omissão ou insuficiência na prestação de serviços ou bens necessários a uma vida digna, bem como inconstitucionalidade por

⁴⁷⁸ Em um outro ponto de vista, José de Melo Alexandrino expõe que “tem sido defendido que o princípio da proporcionalidade é um critério verdadeiramente inafastável, em matéria de restrições aos direitos econômicos, sociais e culturais, quer na afectação de direitos a prestações derivadas da lei pelo legislador ordinário, quer na afectação, por ofensa aos princípios da razoabilidade e da proibição do défice, do próprio conteúdo principal dos direitos fundamentais sociais”. In *Direitos fundamentais* cit., p. 84.

⁴⁷⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *Os direitos sociais em proporção*. Tradução Graça Maria Borges de Freitas. Revista Brasileira de Direito Constitucional, Volume n.º 23, Ano 2015, p. 82.

⁴⁸⁰ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 861.

⁴⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., pp. 345 e ss.; *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 189 e ss.; *Direitos Sociais* cit., pp. 393 e ss.; *As restrições* cit., pp. 765 e ss..

omissão fruto de uma situação intolerável ou desrazoável que prejudique a liberdade e a autonomia individual⁴⁸².

⁴⁸² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 296.

3 A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais

O terceiro capítulo da segunda parte da dissertação explora a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais sobre a proibição de insuficiência. Não se pretende – até por não se tratar de um trabalho com foco na crítica jurisprudencial – esmiuçar todas as decisões. O escopo é verificar a forma como o assunto é tratado nas Cortes Constitucionais, em especial, no Tribunal Constitucional Português, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no Tribunal Constitucional da África do Sul e no Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Para além dos direitos fundamentais sociais, a pesquisa demonstra que o princípio da proibição de insuficiência também é utilizado em outros ramos do direito, o que será brevemente demonstrado.

A importância do estudo está na vocação do Tribunal Constitucional em “administrar a justiça em nome do povo”⁴⁸³ e de “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”⁴⁸⁴.

Nas palavras de Vitalino Canas: “O Tribunal Constitucional é inequivocamente um Tribunal de direitos e a própria lei expressa o favor que atribui a essa função”⁴⁸⁵. Em períodos de crise ou de escassez financeira, a atuação do Tribunal ganha ainda mais destaque na esfera dos direitos sociais.

No objetivo de caracterizar a inconstitucionalidade por omissão pela deficiência ou pela omissão total na prestação de um direito, o controle da proibição de insuficiência possui um significado para o juiz constitucional e outro para o juiz comum. Para o segundo, compete a decisão sobre um conflito; para o primeiro, contudo, compete garantir o mínimo do direito, com respeito a uma vida digna e a separação de poderes⁴⁸⁶.

De início, afirma-se que os Tribunais Constitucionais se deparam com a mesma dúvida doutrinária quando decidem sobre um direito possivelmente violado pela

⁴⁸³ Artigo 202.º, n.º 1, Constituição da República Portuguesa.

⁴⁸⁴ Artigo 202.º, n.º 2, Constituição da República Portuguesa.

⁴⁸⁵ CANAS, Vitalino. *O sistema português de fiscalização da constitucionalidade após 1982: um caso de modelo (quase) integral*. In *Nos 40 anos da primeira revisão constitucional*. Coordenação Pedro Fernández Sánchez e Marco Caldeira. Lisboa: AAFDL Editora, 2023, p. 105.

⁴⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 201.

proibição de insuficiência, qual seja: a partir de qual momento a Constituição é descumprida pelo déficit de proteção de um direito fundamental⁴⁸⁷.

Sobre o princípio da proibição de déficit e o controle de constitucionalidade, Jorge Pereira da Silva apresenta duas posições. A primeira, para quem “o princípio em análise não deve, pura e simplesmente, ser aceite, porque tem um efeito disruptivo das relações entre o legislador e a justiça constitucional”. A segunda, que entende que “a proibição de defeito nunca poderá aspirar a ter grande significado autónomo, porque ora coincide com a denominada *norma de controlo* – por contraposição à *norma de acção* –, ora se traduz num simples *controlo de evidência* do cumprimento dos deveres estaduais de protecção”⁴⁸⁸.

Discorda-se da primeira afirmação e, em parte, da segunda.

A um, porque o princípio da proibição de insuficiência, assim como os demais princípios, deve respeitar a separação de poderes. Apesar de um possível atrito entre as duas esferas públicas, tal fato não tem efeito disruptivo. Ao contrário, a situação visa a preservação do próprio Estado de direito democrático, pois garante um patamar mínimo ao cidadão em função do dever de bem-estar geral.

A dois, apesar de admitir a possibilidade de uso do princípio na jurisdição constitucional, o controle de evidência, de mínimo ou de resultado fazem parte do conteúdo normativo da proibição de insuficiência, o que não afasta a autonomia dogmática do princípio.

A ponderação de valores constitucionais se faz necessária diante de *hard cases*. O uso de instrumentos jurídicos como, por exemplo, o da proibição de insuficiência, permite ao Tribunal Constitucional considerar o máximo de nuances existentes em cada caso.

Entretanto, é preciso que a fundamentação seja exaustiva acerca das possibilidades socioeconômicas tanto do Estado como do indivíduo. O uso dos princípios apresentados no capítulo anterior não serve para mera “aparência de fundamentação”, mas sim para legitimar a decisão judicial em respeito à liberdade de conformação do legislador⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Sobre a indefinição do conteúdo normativo da *Untermassverbot* e a perspectiva jurídico-constitucional da proibição de insuficiência, Jorge Reis Novais considera que o princípio “apesar do seu reconhecimento progressivo por parte das jurisdições constitucionais em diferentes latitudes, não encontra directa expressão textual em qualquer Constituição; que há uma elaboração doutrinária e jurisprudencial sobre o princípio ainda não estabilizada ou até relativamente incipiente, seria ilusório pretender chegar a uma determinação de conteúdo normativo firme ou indiscutível”. In *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., pp. 308-309.

⁴⁸⁸ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 617.

⁴⁸⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., p. 597.

3.1 A aplicação da proibição de insuficiência em outros ramos do direito

Apontada como a obra precursora do estudo da proibição de insuficiência, *Direitos Fundamentais e Direito Privado* de Claus-Wilhelm Canaris, como o próprio título sugere, aborda o princípio no âmbito do direito privado⁴⁹⁰.

Na hipótese de um direito particular, há uma relação triangular quanto ao direito fundamental de proteção, com o Estado no topo e os particulares em cada extremidade. A questão que se coloca é até onde o Estado tem a obrigação de defender um particular contra ingerência de outro particular, realizada no exercício de uma liberdade constitucionalmente protegida, pois existe evidentemente uma autonomia de negociação entre as partes⁴⁹¹. Por outro lado, “o reconhecimento de direitos do perturbador não afasta o direito do lesado à ação estatal”⁴⁹².

Conforme menciona Canaris, mesmo em questão de autovinculação por contrato, o fato de o imbróglio ser resolvido de forma privada, “não impede a sua dimensão jurídico-constitucional, em caso de descida abaixo do mínimo de protecção imposto pelos direitos fundamentais”, o que permite, inclusive, a possibilidade de ação judicial no âmbito da jurisdição constitucional para assegurar o bem desprotegido⁴⁹³.

Dentro do quadro das vinculações particulares e triangulares também se verifica a autonomia da proibição de insuficiência em relação à proibição de excesso⁴⁹⁴. Igual aos

⁴⁹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., pp. 101 e ss.. O autor alemão cita dois exemplos de direito privado onde a proteção do bem jurídico constitucional não pode ser abaixo daquilo considerado suficiente. O primeiro é a obrigação do proprietário de um prédio arrendado de tolerar que o inquilino instale uma antena parabólica, porque se o proprietário não aceitar, o inquilino não exerce, de forma suficiente, o direito à liberdade de informação. O segundo é a obrigação da genitora em fornecer informações ao filho sobre o pai biológico, pois se a mãe não indicar o nome do genitor, o filho não terá garantido o direito geral de personalidade (p. 111). Quanto à situação de investigação de paternidade, em um caso concreto, à luz do princípio da proibição de insuficiência, entendeu o Tribunal Constitucional Português: “É certo que nos situamos no domínio do dever de proteção do Estado de direitos fundamentais nas relações entre particulares, em que o parâmetro de controlo é analisado através do princípio da proibição do défice ou da proibição da insuficiência, que exige a consideração, pelo juiz constitucional, dos direitos fundamentais dos particulares de ambos os lados do conflito, na medida em que o cumprimento do dever de proteção do direito do investigador vai provocar uma intervenção restritiva nos direitos fundamentais do investigado e da sua família mesmo sem previsão legal.” (Acórdão n.º 394/2019).

⁴⁹¹ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.aa).

⁴⁹² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 83.

⁴⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* cit., p. 135.

⁴⁹⁴ José Paulo Baltazar Junior afirma: “Mais que isso, ao contrário do que se dá na proibição de excesso, na proteção deficiente a relação não é bipolar, entre Estado e cidadão. Entram em cena aqui particulares que atentam contra o direito fundamental de outro particular, em uma relação triangular (*Rechts-Dreieck* ou *Dreiecksverhältnis* ou *Dreiecksbeziehung*), na qual o Estado, é visto como o garante do direito, e não como

direitos fundamentais sociais, a insuficiência se caracteriza pela análise do direito fundamental a ser protegido e a mensuração do minimamente garantido. Já a análise de eventual excesso parte do conteúdo de alteração de uma norma existente ou de uma nova norma restritiva de direito fundamental e a sua justificativa⁴⁹⁵.

Outra aplicação encontrada na jurisprudência sobre a proibição de insuficiência é no direito penal, principalmente quanto à obrigação do Estado em proteger bens jurídicos como a vida, a liberdade e a propriedade⁴⁹⁶.

Cita-se, por exemplo, a proteção insuficiente caso o Estado simplesmente revogue o dispositivo que define o homicídio como crime⁴⁹⁷ ou a possibilidade de extinção da punibilidade do crime de estupro, caso a vítima se case com autor do crime ou com terceiros⁴⁹⁸.

A criminalização de uma conduta impõe ao legislador a observância tanto da proibição de excesso, com a vedação de penas excessivas ou degradantes, como da proibição de insuficiência, com a falta de proteção a um bem jurídico ou a descriminalização de condutas ofensivas. Nos dois casos, deve-se considerar sempre o direito penal a *ultima ratio*⁴⁹⁹. Ao Tribunal Constitucional compete o controle da legislação penal e a declaração de inconstitucionalidade das normas que violarem os

o seu inimigo, o titular do direito fundamental (*Grundrechtsträger*) ou vítima e o perturbador em potencial (*der potentielle Störer*)". In *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 82.

⁴⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 299. O Autor cita o exemplo da questão de fumadores passivos. Para proibir o fumo em estabelecimentos particulares, em prol da saúde e do bem-estar dos demais clientes, há uma limitação no direito de propriedade do dono do estabelecimento e dos frequentadores fumadores. Em contrapartida, a omissão estatal em proteger a saúde de parte dos clientes configura omissão inconstitucional em razão de insuficiência de atuação, mesmo com evidências científicas dos prejuízos à saúde por causa do fumo passivo.

⁴⁹⁶ Sobre a tutela penal e a proibição de insuficiência, por exemplo, colhe-se do Acórdão n.º 486/2021: "Por outras palavras, a proibição do défice ou da insuficiência é tendencialmente menos estrita do que a proibição do excesso, porque quanto àquela o legislador goza, não apenas da margem de apreciação que decorre da necessidade de ponderação ou concordância prática de bens, mas *ainda* de uma margem *adicional* que respeita à seleção dos meios de tutela. Ora, a tutela penal corresponde apenas a *uma* de várias formas possíveis – ao lado, por exemplo, da prevenção policial e da responsabilidade civil – de tutela de bens jurídicos com ressonância constitucional, de modo que não se pode concluir, mesmo nas situações em que a norma sindicada implica a omissão de tutela penal, que o poder público se demite do seu dever de proteção de direitos fundamentais".

⁴⁹⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 78.

⁴⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., p. 220. O Autor menciona que o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal foi emblemático, por ter sido a primeira vez em que a aplicação do princípio da proibição de proteção insuficiente foi mencionada na Corte. Colhe-se do Acórdão n.º 418.376/RE: "Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental".

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., pp. 220-221.

referidos princípios, pois “não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal”⁵⁰⁰.

No direito internacional, cita-se o exemplo do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, julgado pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos, em julho de 2006, que reconheceu a proteção insuficiente do estado brasileiro na segurança de pessoas com problemas de saúde mental e obrigou o país a adotar medidas públicas para melhoria no atendimento da rede psicossocial⁵⁰¹.

3.2 Tribunal Constitucional Português

Ao descrever o Tribunal Constitucional Português como “mediador de uma dogmática amiga dos direitos fundamentais”, Vitalino Canas destaca que uma das razões para a inflação de direitos está na aceitação por parte da Corte portuguesa de deveres positivos do Estado na proteção dos direitos fundamentais retirados da dimensão objetiva⁵⁰². Entretanto, permanece o debate acerca dos meios judiciais para o Tribunal apreciar o cumprimento dos deveres, as omissões legislativas e a violação da proibição de insuficiência⁵⁰³.

Em relação à atuação do Tribunal Constitucional Português, o princípio da proibição de insuficiência é utilizado por vezes como parâmetro de constitucionalidade de normas, porém a Corte não clarificou a questão da autonomia e da aplicação do instrumento jurídico na vertente positiva dos direitos sociais⁵⁰⁴.

José de Melo Alexandrino diz que mesmo “não sendo abundante, não deixa de ser significativa e estimulante” a jurisprudência portuguesa sobre direitos fundamentais sociais. O Professor aponta que há no Tribunal Constitucional “direitos fundamentais sociais privilegiados” e “direitos fundamentais sociais esquecidos”. No primeiro grupo

⁵⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade* cit., p. 176.

⁵⁰¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, n.º 149.

⁵⁰² Sobre o uso da proibição de insuficiência, acrescenta o Autor o “amplo recurso ao princípio da proibição do excesso, com exemplos relevantes de recurso a outras ramificações da proporcionalidade em sentido moderno, designadamente a proibição do défice e até a proporcionalidade equitativa”. In *O sistema português de fiscalização* cit., p. 107.

⁵⁰³ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 1029.

⁵⁰⁴ CANAS, Vitalino. *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., p. 637.

estão direitos como habitação, saúde, educação e seguridade sociais; no segundo, direitos relativos à família, ciência e cultura⁵⁰⁵.

Na jurisprudência constitucional portuguesa, com influência germânica, a proibição de défice surge nos anos oitenta e noventa também associada com o tema do aborto⁵⁰⁶, em uma postura de autoconten o da Corte⁵⁰⁷.

Após a virada do mil nio, ainda sobre o aborto, o Tribunal,   luz da proibição de insuficiência, se manifestou novamente sobre a quest o^{508 509}. Seguindo a doutrina de Canaris e a jurisprudência alemã, o Tribunal português acompanhou a lógica de conten o e de controle de mínimos do princípio da proibição de insuficiência, partindo da reafirma o de um dever constitucional de prote o da vida intrauterina⁵¹⁰. O princípio da proibição de prote o insuficiente não era estranho   jurisprudência portuguesa, porém foi no Acórdão n.  75/2010 que assumiu protagonismo⁵¹¹.

No mesmo ano de 2010, sobre uma questão fiscal, o Tribunal Constitucional Português reconheceu a inconstitucionalidade de uma norma com fundamento na proibição de insuficiência. Na ocasião, assentou-se que “o juízo de inconstitucionalidade s  poderá ser emitido se se provar que o legislador cumpriu *insuficientemente*, ou *deficitariamente*, o dever de *prest o de normas* a que estava vinculado”^{512 513}.

⁵⁰⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estrutura o do sistema de direitos* cit., p. 594.

⁵⁰⁶ Acórdão n.  25/84 e Acórdão n.  288/98.

⁵⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas rela es entre particulares* cit., p. 316.

⁵⁰⁸ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 600; SAMPAIO, Jorge Silva. *Pondera o e Proporcionalidade* cit., p. 862.

⁵⁰⁹ Entre as diversas cita es sobre proibição de insuficiência ou proibição de défice no Acórdão n.  75/2010, retira-se: “Na fixa o dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibi es, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a *proibi o do excesso*, por afecta o, *para além* do admissível, da posi o jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito   vida e   integridade física e moral,   liberdade,   dignidade pessoal e   autodetermina o. Mas também deve, no polo oposto, não descuidar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (  sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida *mínima*, sendo violada a *proibi o de insuficiência* (“*Untermassverbot*”) quando as normas de prote o ficarem *além* do constitucionalmente exigível”.

⁵¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas rela es entre particulares* cit., p. 317.

⁵¹¹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 585; SILVA, Jorge Pereira da. *Interdi o de prote o insuficiente* cit., p. 185.

⁵¹² Consta do Acórdão n.  166/2010: “Basicamente, poderá considerar-se que existe um *déficit* inconstitucional de prote o (ou de presta o normativa), quando as entidades sobre as quais recai o *dever de proteger* adoptam medidas insuficientes para garantir a prote o adequada às posi es jusfundamentais em causa, sendo que tal sucede sempre que se verificar um duplo teste: (i) sempre que se verificar que a prote o não satisfaz as exigências *mínimas* de eficiência que são requeridas pelas posi es referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não   imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado”.

⁵¹³ Jorge Reis Novais critica a fundamenta o da decisão pois, apesar de citar como referência o Acórdão n.  75/2010, fez com algumas confusões. Isso porque, a questão teria sido observada somente sob o prisma da proporcionalidade, confundido o conceito e ignorando a autonomia da proibição de insuficiência, a qual

Entre outras decisões do Tribunal sobre a proibição de insuficiência, no Acórdão n.º 400/2011, acerca do direito de menores a receber pensões de alimentos do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores, o Juiz Conselheiro João Cura Mariano afirmou que “existirá seguramente um mínimo social que o Estado deve garantir, tendo em consideração o nível de desenvolvimento civilizacional, os recursos públicos e as condições que, segundo os valores dominantes, são indispensáveis a uma vida digna”. Todavia, o próprio acórdão aponta a dificuldade de se apurar qual é o nível de suficiência exigido, porque, embora o legislador tenha ampla liberdade de escolha dos meios, o meio precisa ser suficiente para cumprir os direitos constitucionais dos menores⁵¹⁴.

Em decisão mais recente sobre a mesma questão, o Tribunal, novamente, se utilizou da proibição de défice. No Acórdão n.º 446/2024 consta: “Como decorre da jurisprudência constitucional, a proibição do défice ou da insuficiência na efetivação dos direitos sociais, em particular *direito à proteção social do Estado* (artigo 63.º), traça-se a partir do *princípio da dignidade da pessoa humana* (artigo 1.º), enquanto referente axiológico fundante da ordem jurídico-constitucional. Deste princípio resulta que, na vertente positiva ou prestacional, aquele direito se apresenta como o *direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna*, gerando para este o correlativo *dever de garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais, os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna* (Acórdão n.º 509/2002)”.

No Acórdão n.º 474/2002, sobre o subsídio de desemprego aos trabalhadores públicos, ao analisar a inconstitucionalidade por falta de medidas legislativas necessárias para assegurar o direito a todos os trabalhadores, o Tribunal entendeu pela ocorrência de uma “omissão parcial, já que o legislador deu exequibilidade à norma constitucional que lhe impõe assegurar o direito à assistência material dos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, mas apenas relativamente a alguns deles, com exclusão da generalidade dos trabalhadores da Administração Pública”.

Em processo de fiscalização preventiva de constitucionalidade sobre metadados, um dos novos direitos fundamentais que o avanço tecnológico trouxe, o Tribunal Constitucional afirmou que “a conservação de dados, tal como está prevista no diploma que agora nos convoca, é uma forma proporcional de realização dos deveres de proteção de bens fundamentais, nomeadamente da própria autodeterminação informacional ou

foi destacada no acórdão sobre o aborto. In *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., pp. 319-320.

⁵¹⁴ Acórdão n.º 400/2011.

informativa, tendo já sido questionado se, na sua ausência, não há mesmo uma violação do princípio da proibição do défice de proteção”⁵¹⁵.

A par da discussão sobre a necessidade de revisão constitucional em Portugal, a questão do acesso a metadados e à preservação da intimidade e do sigilo das comunicações é outro debate em que a proibição de insuficiência estará presente. Se por um lado o acesso a metadados é elemento probatório; por outro, a permissão não pode ser ilimitada.

No âmbito da seguridade social, ao decidir acerca da prestação suplementar para assistência à terceira pessoa em razão de acidente de trabalho, o Tribunal Constitucional manifestou que a proibição de insuficiência não impõe ao legislador a colocação do direito em um “ponto ótimo” ou “grau ideal”. Em compensação, o princípio impede a concessão de um nível de satisfação deficitário ou insuficiente, uma vez que a proteção deve ser efetiva, e não aparente ou ilusória. Compete à jurisdição constitucional “verificar se certa norma assegura ao direito fundamental em causa, não uma proteção plenamente eficiente, mas uma proteção suficientemente eficiente tendo em conta o conteúdo que a Constituição lhe assinala”⁵¹⁶.

A alegação de um “ponto ótimo” é uma das críticas que se faz à proibição de insuficiência. Como visto nas páginas anteriores, defende-se a preservação de um mínimo e não a exigência de um máximo. Até porque, não há dúvidas de que a exigência de um “grau maior” seria continuamente elevada toda vez que o patamar fosse atingido, tornando o direito social, caso fosse um “grau ideal”, em algo inexecutável.

Sobre a interpretação dos direitos sociais, o Tribunal admite conceitos como conteúdo mínimo, nuclear ou essencial, o que, por si, representa grande avanço na defesa dessa categoria de direitos fundamentais. Contudo, a proteção não foi extrema ao ponto de ofender a liberdade de conformação do legislador, uma vez que a natureza positiva (dever de agir) permite maior grau de discricionariedade⁵¹⁷.

Apesar de diversas citações pelo Tribunal Constitucional Português sobre a proibição de insuficiência, quando se refere a direitos fundamentais sociais, os acórdãos se restringem a apontar a liberdade de conformação do legislador e a defender um mínimo

⁵¹⁵ Acórdão n.º 800/2023.

⁵¹⁶ Acórdão n.º 151/2022.

⁵¹⁷ Pedro Sánchez alega que para alguns juristas o uso da proporcionalidade, instrumento clássico de restrição de direitos de liberdade, em matéria de direitos sociais, seria quase uma confissão tácita da indiferença entre as duas categorias. In *El ambicioso programa de derechos* cit., pp. 137 e ss..

existencial ou núcleo essencial do direito, predominando o uso da dignidade da pessoa humana nas decisões e a ressalva quanto à separação de poderes⁵¹⁸.

3.3 Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

No primeiro caso sobre o aborto⁵¹⁹, em 1975, o Tribunal alemão entendeu que impõe ao Estado a obrigação de assegurar os direitos fundamentais contra atos de terceiros. A Corte decidiu que a obrigação do Estado em fornecer proteção é abrangente, porque “ela proíbe não apenas ataques estatais diretos à vida em desenvolvimento – o que é evidente – mas também exige que o Estado assuma a posição ativa na proteção e promoção dessa vida, isto é, ele deve, acima de tudo, preservá-la contra ataques ilegais de terceiros”⁵²⁰.

A importância da decisão está no pioneirismo ao reconhecer o dever do Estado. O julgado serviu como ponto inicial para a construção dogmática do conceito da proibição de insuficiência e para a consolidação do entendimento do significado positivo dos direitos fundamentais, evoluindo a posição do Estado de adversário (*Gegner*) para protetor desses direitos (*Grundrechtsfreund*)^{521 522}.

⁵¹⁸ De forma resumida e citando exemplos de acórdãos do Tribunal Constitucional Português, utiliza-se da conclusão de José de Melo Alexandrino sobre a posição da Corte em matéria de direitos fundamentais sociais: “Em síntese, sem prejuízo da diversidade das respectivas normas enunciadoras (acórdãos n.º 39/84, 148/94, 509/2002), os direitos económicos, sociais e culturais são essencialmente direitos a prestações positivas do Estado (acórdãos n.º 39/84, 346/93, 322/2000, 465/2001 e 212/2003), direitos cujo conteúdo pressupõe uma tarefa de concretização e mediação do legislador e cuja efectividade está dependente da chamada ‘reserva do possível’ (acórdãos n.º 346/93, 465/2001), mas também de uma realização integrada de todos os direitos económicos, sociais e culturais (acórdão n.º 590/2004). Tendo o seu fundamento no valor da dignidade da pessoa humana (acórdãos n.º 151/92, 322/2000, 155/2004), a relação com esse valor não se exprime necessariamente nas vestes de uma exigência imediata, mas como seu reflexo e prolongamento (acórdãos n.º 25/84, 590/2004). Esses direitos fundamentais, por implicarem opções e serem direitos de realização gradual (acórdãos n.º 486/97, 590/2004), envolvem necessariamente, em graus distintos, a liberdade constitutiva do legislador (acórdãos n.º 330/88, 101/92, 346/93, 590/2004)”. In *A estruturação do sistema de direitos* cit., pp. 610-611.

⁵¹⁹ *BVerfGE* n.º 39/1.

⁵²⁰ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado* cit., p. 149.

⁵²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 727; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 79; SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 862.

⁵²² Citando a posição de Johannes Dietlein sobre a problemática do aborto e a autonomia da proibição de insuficiência e a proibição de excesso, Ingo Sarlet discorre que para o jurista alemão, a título de exemplo, “a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do estado em relação à vida intrauterina

No segundo caso sobre o aborto⁵²³, em 1993, o Tribunal Constitucional desenvolveu com maior profundidade a proibição de pouco se fazer em matéria de proteção de um direito fundamental (*Untermassverbot*), paralela à vedação de excesso (*Übermassverbot*)⁵²⁴. Entendeu o Tribunal: “O Estado deve adotar medidas normativas e de ordem fática suficientes para o cumprimento do seu dever de proteção, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva (proibição de insuficiência), com a consideração dos bens jurídicos em colisão. Para isso é necessário um conceito de proteção que combine medidas preventivas e repressivas”^{525 526}.

A decisão se destaca pelo uso da expressão *Untermassverbot* e, conforme menciona Jorge Reis Novais, em que pese os debates sobre o instrumento jurídico, ele se transformou “em mais um bem-sucedido produto de *exportação* gerado na notável doutrina germânica de direitos fundamentais”⁵²⁷.

Por outro lado, parte da doutrina critica as duas decisões, com a justificativa de que não há um mínimo de proteção ou um máximo de intervenção, pois ou um dever é cumprido ou não é, ou há interferência ou não há⁵²⁸.

Além dos dois casos mencionados, a proibição de insuficiência é encontrada na jurisdição constitucional alemã em decisões sobre instalações nucleares, ruído de aeronaves e proteção ambiental, limites de velocidade em rodovias, antenas telemáticas e defesa contra o terrorismo⁵²⁹.

de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo”. In *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais* cit., p. 340.

⁵²³ BVerfGE n.º 88/203.

⁵²⁴ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado* cit., p. 161.

⁵²⁵ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência* cit., pp. 273 e ss.; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 80.

⁵²⁶ Sobre a análise das medidas que o Estado poderia tomar para proteger o nascituro: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Omissões normativas e deveres de protecção* cit., pp. 116 e ss..

⁵²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 169. O Autor esclarece que o Tribunal da Alemanha adota a ideia de um controle de mínimos e de evidências, de forma que “só lhe compete declarar a inconstitucionalidade quando o Estado não tenha tomado absolutamente qualquer medida de protecção ou quando seja evidente que as normas e medidas de protecção adoptadas são totalmente inidóneas ou completamente insuficientes para alcançar o fim de protecção em vista”. In *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 310.

⁵²⁸ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 913.

⁵²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 310; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência* cit., p. 80. Laura Clérico menciona que todas essas decisões têm algo em comum “que lo que afecta el derecho fundamental es una omisión o una acción estatal insuficiente o defectuosa, la que debe ser examinada para determinar si se respetó el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente (*Untermassverbot*)”. In *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión* cit., p. 171.

Em relação aos direitos sociais, aponta-se a decisão do caso Hartz IV⁵³⁰, que julgou uma série de leis que reformou o sistema de trabalho e de seguridade social. À época, o Tribunal Constitucional tratou com profundidade o direito ao mínimo de subsistência e o controle da norma legislativa⁵³¹. A questão era decidir se o valor ofertado pelo Estado em situações de desemprego era suficiente para respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Social.

O Tribunal decidiu que se o cidadão não possui condições de, por si, se sustentar, compete ao Estado fazê-lo, uma vez que a dignidade é inviolável. Entretanto, o legislador possui discricionariedade para a escolha da forma de prestar o auxílio, devendo assegurar a transparência sobre o cálculo e prevê-lo em lei. À Corte Constitucional caberia apenas verificar se os benefícios são evidentemente insuficientes. Dessa forma, julgou-se inconstitucional as novas normas, porém elas permaneceram em vigor até o legislador promulgar outras⁵³².

Sobre a forma de análise da proibição de insuficiência, o Tribunal da Alemanha, na maioria dos casos, verifica a escolha do meio no momento da edição da medida (*ex ante*), porém admite a verificação no momento do julgamento (*ex post*) caso a intervenção seja muito intensa no direito fundamental. Em caso de dúvidas sobre o meio, a tendência dos julgados é de se inclinar pela presunção, ou seja, o Tribunal faz o exame de “mera evidência” na apuração da proibição de insuficiência. Logo, uma medida legislativa é declarada inadequada se, desde o instante da edição da lei, era inútil ou evidentemente deficiente⁵³³.

A importância do *Bundesverfassungsgericht* para a proibição de insuficiência ainda se encontra na teoria dos níveis de densidade de controle, o que será abordado no último capítulo⁵³⁴.

⁵³⁰ BVerfGE n.º 1/09.

⁵³¹ CANAS, Vitalino. *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., p. 612.

⁵³² Colhe-se da versão em inglês do julgado: “*The legislature’s margin of appreciation when it comes to assessing the subsistence minimum corresponds to a reserved review of the provisions of non-constitutional law by the Federal Constitutional Court. Since the Basic Law itself does not permit any precise figure to be put on the claim, the material review as regards the result is restricted to whether the benefits are evidently insufficient*” (§ 141º).

⁵³³ CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión* cit., pp. 181-183.

⁵³⁴ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 620.

3.4 Tribunal Constitucional da África do Sul

O Tribunal Constitucional sul-africano tornou-se objeto de estudo de constitucionalistas em razão de decisões no âmbito dos direitos fundamentais sociais, principalmente pela utilização da razoabilidade para decidir questões sobre a obrigação estatal.

Após o período do *apartheid*, a Constituição da República da África do Sul de 1996 elencou uma série de direitos fundamentais sociais (saúde, alimentação, água, seguridade social) como forma de enfrentar os problemas no nível constitucional⁵³⁵.

Entre os casos emblemáticos julgados pela Corte Constitucional, um dos mais estudados é o *Republic of South Africa vs. Grootboom*, julgado em 2000⁵³⁶.

Em uma apelação do governo sul-africano contra a ordem de prover abrigo a centenas de adultos e crianças desalojados de um terreno privado, a Corte entendeu que o programa habitacional violava a Constituição, uma vez que o cidadão estava em risco, por causa da ausência de coordenação e de abrangência, além do tratamento não isonômico em relação àqueles que precisavam de auxílio estatal.

O pedido inicial dos desalojados estava fundamentado no direito universal à habitação (artigo 26.º, n.º 2) e no direito de menores de possuírem um abrigo seguro (artigo 28.º, n.º 1, alínea “c”), prevalecendo o segundo argumento. Apesar do Tribunal, em respeito ao princípio da separação de poderes, não dizer a forma como o Estado garantiria o abrigo ou a habitação, assegurou condições mínimas sanitárias e de abastecimento de água.

A decisão se destaca por alguns pontos: i) o reconhecimento dos direitos sociais como direitos judiciáveis, em razão de sua positivação expressa no texto constitucional; ii) o uso da razoabilidade diante do nível deficitário do Estado em prestar o direito à proteção à infância e à moradia digna, bem como a insuficiência de informações sobre as medidas outrora adotadas, o que remete, mais uma vez, ao ônus da prova que recai sobre o ente estatal; iii) o mínimo existencial e aquilo que pode ser exigido do Estado que, por sua vez, depende de múltiplos fatores, como, por exemplo, quem demanda, o local dos

⁵³⁵ SUNSTEIN, Cass. *Social and economic rights* cit., p. 4.

⁵³⁶ *Case CCT n.º 11/00*.

fatos e o que se requer⁵³⁷; e iv) o respeito à margem discricionária do Estado para eleger as medidas concretas para efetivar a garantia dos direitos fundamentais sociais^{538 539}.

Outro caso referenciado quando se estuda a jurisdição constitucional e os direitos sociais é o *Soobramoney vs. Minister of Health*⁵⁴⁰.

Em razão da insuficiência de recursos públicos para custear o tratamento de doenças renais, a província de KwaZulu-Natal contemplava apenas 30% dos pacientes com diálise. Somente os pacientes com maior chance de um transplante de rim conseguiam realizar o procedimento médico. Ao analisar a apelação do paciente Soobramoney, o Tribunal Constitucional entendeu que a recusa não era desarrazoada e que a política pública era justa e não-discriminatória, considerando a escassez financeira.

Conforme menciona Costa Neto, a Corte entendeu que “o governo fizera um esforço sincero e racional, pleno de boa-fé, no sentido de combater o problema em questão, o que não justificaria a intervenção judicial”⁵⁴¹.

Os casos *Grootboom*, *Soobramoney* e outros do Tribunal da África do Sul demonstram as possibilidades que a justiça constitucional, com o uso de instrumentos jurídicos e exaustiva fundamentação, possui para avançar em casos envolvendo os direitos fundamentais sociais⁵⁴².

⁵³⁷ Sobre os múltiplos fatores, colhe-se do julgado: “*The state’s obligation to provide access to adequate housing depends on context, and may differ from province to province, from city to city, from rural to urban areas and from person to person. Some may need access to land and no more; some may need access to land and building materials; some may need access to finance; some may need access to services such as water, sewage, electricity and roads. What might be appropriate in a rural area where people live together in communities engaging in subsistence farming may not be appropriate in an urban area where people are looking for employment and a place to live*”.

⁵³⁸ Victor Abramovich e Christian Courtis, ao comentarem o uso da razoabilidade pelo Tribunal Constitucional da África do Sul no julgamento *Grootboom*, afirmam que “*los requisitos que debe cumplir una medida estatal para ser considerada apropiada resultan más estrictos que los que exige la noción de razonabilidad*”. Continuam: “[...] *el tribunal descarta la posibilidad de definir contenidos mínimos, decide incorporar al examen de razonabilidad para ser razonables, las medidas deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social, más allá de su cobertura general*”. In *Los derechos sociales* cit., pp. 163-164.

⁵³⁹ Para Vitalino Canas, além dos pontos importantes mencionados, o caso é referência no estudo constitucional, pois reconhece: “(i) a justiciabilidade desses direitos; (ii) a distinção entre deveres negativos e deveres positivos decorrentes do direito social, correlatos a direitos negativos e positivos que obriguem 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”. In *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., p. 622.

⁵⁴⁰ *Case CCT n.º 32/97*.

⁵⁴¹ COSTA NETO, João. *A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?* In *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 7, n.º 1, jan./jun. 2014, p. 203.

⁵⁴² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., p. 166.

A Corte sul-africana assentou o entendimento de que uma medida pública é razoável se: i) estiver dentro de um programa coordenado; ii) considerar os níveis de governo; iii) distribuir as responsabilidades; iv) contar com recursos financeiros e humanos adequados; v) for equilibrada e flexível, inclusive para atender em época de crise; e vi) não excluir parte significativa da população ou resultar em discriminação injustificada⁵⁴³.

Entende-se, contudo, que essas características são parâmetros para também analisar se uma medida atendeu ao princípio da proibição de insuficiência. Se o Estado comprovar que possui um programa coerente, que respeita a isonomia, dar publicidade as medidas adotadas e que pretende adotar, definir um plano de trabalho e aportar os recursos necessários para isso, haverá o respeito ao patamar mínimo que se exige no âmbito dos direitos sociais⁵⁴⁴. Entretanto, apesar da verificação da efetividade dos direitos fundamentais sociais remeter a proibição de déficit, no caso sul-africano a utilização da razoabilidade decorre do próprio texto constitucional⁵⁴⁵.

Vitalino Canas acrescenta que a decisão do caso *Grootboom* é resultado de um teste não ponderativo. Entretanto, é possível encontrar em outras decisões da Corte sul-africana “a aplicação de uma metódica ponderativa típica da proibição do defeito ou da insuficiência”. Como exemplo, cita os casos *Khosa and Others vs Minister of Social Development and Others*⁵⁴⁶ e *Mahlaule and Another vs Minister of Social Development*⁵⁴⁷. As duas situações discutiam a exclusão de estrangeiros com residência permanente na África do Sul em políticas de benefícios sociais. A decisão foi no sentido de que os residentes permanentes também deveriam ser incluídos. Vitalino Canas aponta

⁵⁴³ BILCHITZ, David. *Socio-economic rights* cit., p. 726.

⁵⁴⁴ Extraí-se da obra de Jorge Reis Novais: “[...] colhendo a inspiração da prática do Tribunal Constitucional sul-africano, consideramos que se abre objectivamente, com grande interesse dogmático, a possibilidade de integrar a dimensão de razoabilidade no princípio mais geral da proibição do déficit, seja em complemento seja em alternativa à lógica, já presente neste último princípio, de preservação ou promoção de um mínimo de prestação para quem do qual haveria violação institucional das obrigações estatais positivas de promoção ou realização dos direitos fundamentais”. O Autor alega que há ofensa ao princípio da proibição de insuficiência, “não apenas quando não fossem realizados os mínimos exigidos pela dignidade da pessoa humana ou pelos mínimos sociais exigidos por cada direito social, mas também quando os titulares do direito ficassem, por efeito da omissão, numa situação desrazoável”. In *Direitos Sociais* cit., p. 296.

⁵⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 288.

⁵⁴⁶ *Case CCT n.º 12/03*.

⁵⁴⁷ *Case CCT n.º 13/03*.

que o julgado “coaduna-se com a estrutura típica da proibição do defeito”^{548 549}, embora também discorra que o Tribunal se recusou a fixar o conteúdo mínimo dos direitos.

Sobre esse último aspecto, também concorda Jorge Reis Novais ao dizer que “o Tribunal não prosseguiu nem aceitou essa lógica de conteúdo essencial ou de procura de um mínimo social objetivamente delimitável que devesse ser prestado em quaisquer circunstâncias”. Entre os motivos para rejeitar a ideia, estão: i) a dificuldade de se determinar um mínimo de necessidades para cada grupo social; ii) a impossibilidade de prestar imediatamente o mínimo; e iii) a violação à separação de poderes, caso o Tribunal decida o que é constitucionalmente devido^{550 551}.

As escolhas trágicas em *hard cases* ficam, de acordo com o Tribunal Constitucional, ao encargo do Estado, considerando que os recursos são finitos e que nem todos poderão ser atendidos, mesmo que isso gere perigo de morte, como no caso do procedimento de diálise. Caberia à Corte somente observar se a medida é minimamente justificável e encontra fundamentos para tal.

Nota-se, ainda, que o caráter das decisões da Suprema Corte é coletivo, ainda quando analisa um caso individual, uma vez que o julgado, em geral, corrige a política pública e não simplesmente decide sobre o direito subjetivo do postulante⁵⁵². São critérios de justiça distributiva que considera o quanto disponibilizar e a quem atender⁵⁵³.

3.5 Supremo Tribunal Federal do Brasil

O Supremo Tribunal Federal possui vasta jurisprudência na área social, inclusive, sendo chamado por vezes de “ativista”. Carlos Blanco de Moraes aponta que a jurisprudência brasileira implementou “um modelo inédito que configura o judiciário

⁵⁴⁸ CANAS, Vitalino. *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., p. 625.

⁵⁴⁹ Nesse sentido, alega Christopher Mbazira: “*There is room for application of a similar proportionality test in socio-economic rights litigation. This is especially in those cases where the state has failed to provide socio-economic goods and services on the ground that their provision would affect certain interests*”. In *Litigating socio-economic rights in South Africa: a choice between corrective and distributive justice*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009, p. 87.

⁵⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais* cit., p. 289.

⁵⁵¹ Ainda sobre a rejeição de um conteúdo mínimo dos direitos sociais: MBAZIRA, Christopher. *Litigating socio-economic rights in South Africa* cit., pp. 61 e ss..

⁵⁵² COSTA NETO, João. *A Corte Constitucional sul-africana* cit., p. 539.

⁵⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 729.

como um centro autónomo prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo”⁵⁵⁴.

Em relação à proibição de insuficiência ou proibição de proteção insuficiente, as duas nomenclaturas mais encontradas, a maioria dos acórdãos sobre direitos fundamentais sociais está relacionada à saúde e à infância. Observa-se que a doutrina da proibição de insuficiência tem avançado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Na Suspensão de Liminar n.º 235 contra decisão de Tribunal de Justiça estadual que determinou a implementação, no prazo de doze meses, de unidade para internação e semiliberdade para adolescentes em conflito com a lei, o Ministro Gilmar Mendes pontuou “que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado”. Por outro lado, com fundamento na proibição de insuficiência, restou consignado que, caso o Supremo Tribunal não decidisse a questão, “estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.

A decisão destaca que, apesar de mais de uma década da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado se manteve inerte no dever de proteção de adolescentes em conflito com a lei, fato que foi utilizado para afastar eventual alegação de violação ao princípio da separação de poderes. Consta do julgamento: “No presente caso, vislumbra-se possível proteção insuficiente dos direitos da criança e do adolescente pelo Estado, que deve ser coibida, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo”⁵⁵⁵.

No Recurso Extraordinário n.º 581.352, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Corte determinou a ampliação e a melhoria no atendimento de gestantes em maternidades públicas e afirmou a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que a sua invocação comprometer o núcleo básico do mínimo existencial. O controle jurisdicional sobre a omissão do Estado foi assegurado, dentre outros princípios, pela vedação de proteção insuficiente⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., p. 583.

⁵⁵⁵ STF, Suspensão de Liminar n.º 235, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 8.7.2008.

⁵⁵⁶ STF, RE n.º 581.352, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.10.2013.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.518, sobre a ausência de licença-parental aos pais solo, o Tribunal utilizou a proibição de proteção insuficiente para reconhecer a omissão da legislação e equipará-la à outra licença existente⁵⁵⁷.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510, sobre pesquisas com células-tronco, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu, em comparação com a legislação estrangeira, que “a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)”. E, mais, “a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapias com células-tronco originadas do embrião humano”⁵⁵⁸.

Ao decidir sobre a proibição do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos da construção civil constituídos de amianto, mais uma vez, a fim de proteger o direito fundamental à saúde, o Tribunal se utilizou da proibição de proteção insuficiente para reconhecer a omissão legislativa⁵⁵⁹.

Em relação aos direitos de cidadania, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.800, ao julgar a isenção de emolumentos notariais, o Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou a necessidade de o Estado garantir a emissão de certidão de nascimento e certidão de óbito para pessoas comprovadamente hipossuficientes financeiramente⁵⁶⁰.

Sobre a união estável (união de facto) entre pessoas do mesmo sexo, a Corte constitucional entendeu que a disposição do Código Civil veiculava “uma proteção insuficiente ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos casais que vivem em união estável” e, ainda, que “a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto”⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ STF, ADI n.º 7.518, relator Gilmar Mendes, julgado em 16.9.2024.

⁵⁵⁸ STF, ADI n.º 3.510, relator Ministro Ayres Britto, julgado em 29.5.2008.

⁵⁵⁹ STF, ADPF n.º 109, relator Edson Fachin, julgado em 30.11.2017.

⁵⁶⁰ Extraí-se do acórdão: “Não me parece que os dispositivos legais impugnados incidam na proibição de excesso, porquanto os notários e registradores exercem tantas outras atividades lucrativas que a isenção de emolumentos neles estabelecida certamente não terá o condão de romper o equilíbrio econômico-financeiro das serventias extrajudiciais, de maneira a inviabilizar a sua continuidade. De outra banda, vejo que a medida legal contestada se conforma perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, a qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita aos seus direitos de cidadania” (STF, ADI n.º 1.800, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 11.6.2007).

⁵⁶¹ STF, RE n.º 646.721, relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 10.5.2017.

Acerca dos elementos dogmáticos da proibição de insuficiência, em especial, o controle de evidência, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.112, embora sobre direito penal (Estatuto de Desarmamento), o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a função do Tribunal é “de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”. O controle de evidência deve considerar a “ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador”⁵⁶².

Apesar de diversas menções à proibição de insuficiência, em especial, em votos dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, o instrumento jurídico não é utilizado como fundamento principal⁵⁶³. Vitalino Canas aduz que a referência à proibição de insuficiência “permanece um *obiter dictum* lateral”, e não a *ratio decidendi*, pois desprovida de estrutura metódica da aplicação do princípio como instrumento de harmonização e de ponderação. Continua a crítica ao dizer que o Supremo Tribunal Federal faz o uso de uma “versão imprópria” do princípio, “versão que, por prescindir de metódicas ponderativas, não se pode afirmar ser a mais intrusiva da liberdade de conformação do legislador”⁵⁶⁴.

Em síntese, apesar de se encontrar na jurisprudência constitucional brasileira diversas menções à proibição de insuficiência, o Supremo Tribunal Federal se absteve de adentrar às questões mais problemáticas da aplicação do princípio.

⁵⁶² STF, ADI n.º 3.112, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 2.5.2007.

⁵⁶³ Ao criticar a forma como a proibição de insuficiência é abordada na Corte Constitucional brasileira, Jorge Reis Novais discorre que o Tribunal mescla a teoria da convergência com a teoria dos direitos fundamentais como princípios, ao dizer que a proibição de déficit é a dupla face da proporcionalidade. Assim, arremata: “[...] explicando o princípio naquela lógica de ‘dupla face da proporcionalidade’, então o princípio da proibição de insuficiência não teria, como aliás resulta da referida jurisprudência do Supremo Tribunal, qualquer préstimo ou qualquer sentido útil, já que ou surge como desnecessário para a resolução da causa ou reproduz, em toda a sua extensão, a aplicação dos subprincípios já inscritos no controle de proporcionalidade”. In *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 315.

⁵⁶⁴ CANAS, Vitalino. *Proibição do excesso, proibição do defeito* cit., pp. 602 e 609.

4 Os desafios da proibição de insuficiência

Após a defesa da autonomia da proibição de insuficiência, da utilização do princípio em conjunto com outros instrumentos jurídicos de ponderação e a análise da jurisprudência constitucional, o último capítulo se destina a abordar os desafios de sua aplicação.

Embora ainda com bastante resistência por parte da doutrina e de alguma jurisprudência, é inegável o avanço, desde a obra de Canaris até aos dias atuais, da vedação de proteção deficiente, em especial, quando se trata do dever positivo do Estado.

O tema, aliás, está na pauta diária do estudo constitucional e deverá cada vez mais se tornar objeto de debate conforme as demandas sociais se modificam. A resolução de conflitos será através da ponderação de todas as circunstâncias fático-jurídicas, à luz de critérios próprios e da dignidade da pessoa humana⁵⁶⁵.

Em matéria de omissões legislativas, apenas uma atuação do legislador em consonância com os seus deveres constitucionais possui o condão de resolver a celeuma. Não se pode esperar dos tribunais respostas perfeitas para o problema⁵⁶⁶.

Em uma lógica de otimização dos direitos fundamentais sociais e dos deveres estatais correlativos, de execução máxima dentro das possibilidades existentes, se a realização ficou abaixo daquilo que poderia ter sido, a obrigação do Estado não foi cumprida e, por isso, haveria inconstitucionalidade por omissão. A verificação se daria por meio do recurso de proporcionalidade, o que determinaria ao legislador e ao juiz ponderar a medida adotada. Nesse caso, contudo, a proibição de insuficiência não produziria resultados diferentes daquilo que se alcançaria pela simples aplicação do princípio da proporcionalidade.

Entretanto, em um quadrante fora da lógica de otimização, há a dificuldade de se determinar o limite da omissão inconstitucional em relação aos deveres positivos de prestação dos direitos fundamentais e, para além disso, a problemática sobre quem deveria esclarecer esse limite, se o legislador ou o juiz. Se competir ao segundo, corre-se o risco de substituição da função legislativa e de ofensa à separação de poderes. Em

⁵⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 315.

⁵⁶⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 195.

contrapartida, se apenas o legislador definir o limite mínimo de uma prestação social, afastar-se-ia a atribuição da jurisdição constitucional e a característica jusfundamental do direito⁵⁶⁷.

Diante da impossibilidade de se determinar com exatidão, para todos os direitos e circunstâncias, a partir de que ponto há inconstitucionalidade, deve-se, ao menos, obrigar o Estado a prestar um mínimo. A proibição de insuficiência atuarial para definir, a partir de um controle de evidência, se a justificativa apresentada pelo ente estatal era plausível diante do direito prestado e da necessidade demonstrada, ou se está claro que a prestação ficou abaixo do núcleo essencial do direito postulado.

O problema é encontrar um meio termo entre a vinculação do parlamento aos direitos sociais e o controle judicial, o primeiro não podendo ser efêmero e o segundo não se transformando em um mero decisionismo⁵⁶⁸. Por isso, a necessidade de criação de mecanismo para fiscalizar a omissão das normas programáticas previstas na Constituição⁵⁶⁹, bem como evitar que toda e qualquer norma constitucional incômoda, que gere tensão entre os poderes, seja comumente tachada como programática para, com isso, afastar a sua juridicidade, que existe pelo simples fato de constar em um texto de lei⁵⁷⁰.

Isso sem olvidar que, diferente da proibição de excesso que se concentra somente na ação estatal realizada, a proibição de insuficiência considera as inúmeras formas de cumprimento do dever estatal quando se trata de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Conforme diz Jorge Reis Novais sobre as diversas críticas e dúvidas em relação ao conteúdo normativo da proibição de insuficiência, “praticamente todo o autor que elabora com mais desenvolvimento sobre o problema sente-se obrigado a apresentar uma proposta distinta de conformação do princípio”⁵⁷¹. Assim, tentar-se-á apontar possíveis desenvolvimentos e as respectivas críticas.

⁵⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 177.

⁵⁶⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 370.

⁵⁶⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *El ambicioso programa de derechos* cit., p. 128.

⁵⁷⁰ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 153.

⁵⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., p. 324.

4.1 Os elementos dogmáticos e o controle de intensidade

Iniciando pelo próprio Autor da provação anterior, Jorge Reis Novais apresenta três propostas: i) a inversão dos parâmetros da proibição de excesso, por meio do modelo trifásico – já exposta no capítulo 2.1, segunda parte –, o que, por si, não resolve a questão de maneira satisfatória; ii) a remissão genérica à ponderação de direitos em colisão; e iii) o controle de mínimos, o que remete à ideia original da proibição de insuficiência⁵⁷².

Quanto à simples ponderação, o conflito de direitos fundamentais exige a consideração entre os prós e os contras de uma medida, entre a pretensão social e aquilo que é dever do Estado, além da análise do “se”, “quanto” e “como” dos direitos constitucionalmente previstos. Entretanto, isso não esgota o conteúdo normativo da proibição de insuficiência. Como menciona o Autor, “densificar a proibição de déficit através da remissão genérica para a ponderação entre os dois direitos em colisão é redundante relativamente ao que se faria sempre estando em causa a restrição do direito fundamental afectado”⁵⁷³. Permanece, assim, a falta de elementos para justificar o patamar de protecção, acrescido dos riscos à separação de poderes, pois poderia o juiz substituir, sem maiores argumentações, a ponderação outrora realizada pelo legislador ordinário.

A premissa inicial da proibição de insuficiência no âmbito dos direitos fundamentais sociais como um controle de mínimos e de evidências emerge como a solução que possui maior capacidade de resolução de conflitos na relação bipolar Estado-cidadão.

Em fórmula de síntese, “haveria inconstitucionalidade se não estivesse assegurado um patamar mínimo de protecção cuja presença o juiz deveria apurar através do chamado controlo de evidência”. A hipótese teria maior êxito na preservação da separação dos poderes, porque seria “objectivamente evidente que a protecção assegurada pelo Estado ao interesse ou ao bem dela carecido não atingia o mínimo constitucionalmente exigível”⁵⁷⁴.

⁵⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 181 e ss.; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares* cit., pp. 324 e ss..

⁵⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 191.

⁵⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 193.

Embora não resolva a totalidade da questão da inconstitucionalidade por omissão, o controle de mínimo deixa claro que apenas uma proteção mínima é exigida e que essa omissão precisa ser objetivamente detectável em um controle de evidência⁵⁷⁵.

Critica-se a possibilidade de falta de proteção judicial pois, em alguns casos, apesar do *standard* mínimo estar assegurado, pode ser necessária uma garantia a mais por parte do Estado, a depender, por exemplo, de quem requer o direito social, uma vez que a verificação do nível é multifatorial.

Apesar do presente trabalho se dedicar aos direitos fundamentais sociais, o conteúdo normativo da proibição de insuficiência abrange todas as hipóteses em que o direito positivado no texto constitucional não recebeu a devida proteção. Até porque, a aplicação do princípio vai além de questões prestacionais. Em razão disso, o conteúdo dogmático é unitário, e não um para cada ramo do direito⁵⁷⁶.

O controle de evidência guarda relação com a densidade do controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Tribunal Constitucional, considerando a margem discricionária do legislador^{577 578}. O controle possui a função de determinar quando o legislador ficou “ilegitimamente aquém da realização das obrigações que lhe foram

⁵⁷⁵ Ao decidir, por exemplo, sobre o pagamento de custas judiciais e o acesso à justiça, manifestou-se o Tribunal Constitucional Português: “[...] sentido da discricionariedade *normativo-constitutiva* que é reconhecida ao legislador nesta matéria e confronta o seu regime legal com diversos parâmetros constitucionais, entre os quais se destacam o princípio da proporcionalidade em relação com o acesso ao direito e aos tribunais, justificando-se o controle de evidência que o Tribunal foi chamado a realizar nessas decisões” (Acórdão n.º 150/2011). Em outro caso, sobre direito de propriedade, a Corte Constitucional discorreu sobre o controle de evidência: “[...] o controle de constitucionalidade a realizar pelo Tribunal deverá ser sobretudo um *controlo de evidência*, reconhecendo ao legislador democrático uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias e as normas questionadas somente podendo ser declaradas inconstitucionais quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidóneas para a efetiva proteção dos bens jurídicos fundamentais em causa ou desnecessárias à sua prossecução ou, ainda, excessivamente onerosas em relação a esses outros valores que se visa prosseguir” (Acórdão n.º 695/2022).

⁵⁷⁶ Jorge Reis Novais justifica a perspectiva unitária, uma vez que a proibição de défice “é sempre aplicável nas situações de verificação de um incumprimento ou de um cumprimento insuficiente de um dever estatal constitucionalmente enunciado em termos relativamente indeterminados em domínio de direitos fundamentais”. In *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 198.

⁵⁷⁷ Socorre-se, mais uma vez, às lições de Jorge Reis Novais: “[...] o controlo de proibição do défice que se leva a cabo para apurar essa eventual violação terá de ser, igualmente, um controlo de evidência, sob pena de um menor rigor no apuramento da violação colocar o juiz comum a invadir, por defeito, o domínio reservado ao legislador democrático em Estado de Direito, na medida em que o simples apelo ao cumprimento do dever de protecção dos direitos fundamentais o habilitaria, pretensamente, a intervir restritivamente noutros direitos fundamentais mesmo sem previsão legal”. In *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 203.

⁵⁷⁸ Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “[...] o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidóneas para a efetiva proteção desse bem jurídico” (STF, *Habeas Corpus* n.º 104.410, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 6.3.2012).

constitucionalmente impostas”⁵⁷⁹. Nos dizeres de Lenio Streck, “o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais”⁵⁸⁰.

Outro ponto de destaque sobre a dogmática da proibição de insuficiência é a intensidade do controle. A intensidade, entre outros fatores, dependerá da decisão questionada, da confiança das premissas empíricas e normativas, da legitimidade democrática de quem tomou a decisão, além de questões de recursos materiais, humanos e outros⁵⁸¹.

Na jurisprudência constitucional alemã, destaca-se a decisão *Mitbestimmungsgesetz*⁵⁸², na qual foi discutida a proteção à liberdade de profissão, como um dos primeiros casos a debater o controle de evidência (*Evidenzkontrolle*). A Corte fixou parâmetros para analisar se uma medida, de forma evidente, ofendeu um dever estatal de proteção, como também a possibilidade de verificar a omissão ou a debilidade dentro da discricionariedade do legislador⁵⁸³.

Conforme explica Alexy, o Tribunal apresentou três graus de intensidade: i) o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*); ii) o controle de plausibilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e iii) o controle de evidência (*Evidenzkontrolle*). Em relação à lei epistêmica da ponderação, os três graus, respectivamente, correspondem: i) ao certo ou seguro; ii) ao plausível; e iii) ao não evidentemente falso^{584 585}. O nível mais baixo de controle se relaciona a questões de maior volatilidade, como as situações econômicas e sociais. O nível mais elevado está reservado

⁵⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 200.

⁵⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., p. 347.

⁵⁸¹ CLÉRICO, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 70.

⁵⁸² *BverfGE* n.º 50/209.

⁵⁸³ Consta da decisão: “Parâmetros do exame de constitucionalidade são aqueles direitos fundamentais individuais que marcam as condições e limites constitucionais da liberdade de conformação do legislador junto à introdução de uma participação ampliada. Tais condições e limites não podem ser interpretados sem se observar as intersecções, complementações e conexões entre suas áreas de proteção e as áreas de proteção de outros direitos fundamentais e não sem a observância dos princípios que sustentam a *Grundgesetz*”. In SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência* cit., pp. 156-159.

⁵⁸⁴ ALEXY, Robert. *La fórmula del peso*. In *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamental*. Organización Miguel Carbonell. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, p. 34.

⁵⁸⁵ Ainda em relação ao controle de evidência, esclarece Laura Clérico: “*La aplicación más leve de la regla de la idoneidad responde al examen de evidencia. Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán surge que se ha inclinado, en principio, por el nivel de control de evidencia, que implica un control leve de la relación de fomento entre medio y fin; en la duda, se habla de una presunción a favor de la idoneidad del medio*”. In *El examen de proporcionalidad* cit., p. 130.

aos direitos fundamentais de primeira geração. O nível intermediário é destinado a outros bens jurídicos, como a liberdade de iniciativa privada⁵⁸⁶.

De acordo com Laura Clérico, a determinação do grau de intensidade de controle considera: i) a natureza da matéria legislativa; ii) a formação de um juízo seguro sobre a questão; iii) o bem jurídico; e iv) a intensidade da restrição ao direito fundamental. Soma que, nos termos da jurisprudência alemã, a atuação do Estado não será idônea somente se as medidas estatais forem evidentemente defeituosas, o que torna as decisões suscetíveis a críticas⁵⁸⁷.

Independente do nível de controle, em um primeiro momento, verifica-se se a disposição do texto constitucional permite a habilitação para intervir. No caso português e brasileiro, por exemplo, nos quais a Constituição prevê um rol de direitos sociais, a tarefa é mais simples. No caso alemão, onde não há uma previsão expressa, a possibilidade de controle recai em interpretação a outros dispositivos legais, como a dignidade e a proteção à vida. Para além de um critério formal de intervenção, materialmente a justificativa de intervenção impõe a avaliação do nível adequado de proteção⁵⁸⁸.

Em crítica ao termo utilizado, Jorge Pereira da Silva diz que “a evidência não é um critério de controle, mas antes o reconhecimento da inexistência de um critério digno desse nome”⁵⁸⁹. Embora a evidência possa recair em subjetivismo, a intensidade do controle e a justificativa apresentada, tanto pelo legislador como pelo juiz constitucional, tem o condão de afastar essa crítica. Além do mais, a evidência não é um único controle da proibição de insuficiência.

Como elemento dogmático, o controle de evidência permite reconhecer, de forma excepcional, que um direito fundamental social foi violado pela inércia do Estado quando for possível *evidentemente* reconhecer tal omissão ou deficiência. Não à toa, apontou-se que a proibição de déficit é simultaneamente norma de ação e norma de controle, o que tem baseado, do ponto de vista pragmático, as relações entre o legislador e o juiz constitucional⁵⁹⁰. Trata-se da possibilidade de compelir o poder legislativo a apresentar

⁵⁸⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 621.

⁵⁸⁷ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad* cit., pp. 130 e ss..

⁵⁸⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.g).

⁵⁸⁹ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 626.

⁵⁹⁰ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 619.

as razões das mudanças normativas em respeito ao interesse público^{591 592}. Isto posto, a norma de ação é destinada ao legislador; a norma de controle, ao juiz constitucional⁵⁹³.

E, apesar das diversas formas de cumprimento dos direitos sociais, sugerindo quase uma situação incontrolável de evidência, a quantidade diminui e se torna viável à medida que o agente público ou o órgão jurisdicional identificam quais meios de promoção são mais importantes⁵⁹⁴. A publicização do debate, a possibilidade de analisar aspectos objetivos e subjetivos, a definição de prioridades através do Orçamento do Estado são exemplos de aspectos externos que favorecem a busca pela evidência, além, claro, de uma abordagem dogmática do princípio da proibição de insuficiência⁵⁹⁵.

Com fundamento na análise através do controle de evidência, Jorge Reis Novais apresenta duas dimensões para o controle de inconstitucionalidade por omissão: i) a garantia de realização de um mínimo (controle de mínimo), delimitada ao conteúdo do dever básico do Estado; e ii) a vedação de desrazoabilidade, com ênfase no resultado objetivo e subjetivo que a omissão ou incumprimento causa no titular do direito⁵⁹⁶.

A questão do mínimo encontra a dificuldade de determinar de forma precisa o que é o “mínimo”, de defini-lo para todas as solicitações e natureza de direitos, razão pela qual a definição não é estática, fixa, inflexível, mas sim mensurável de acordo com as condições socioeconômicas, culturais e pessoais⁵⁹⁷. Isso dificulta também a definição prévia do mínimo.

Não se olvida a indeterminabilidade dos direitos sociais, o que não possui o condão de afastar a característica de fundamentalidade. E, nesse ponto, rememora-se o

⁵⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional* cit., p. 351.

⁵⁹² Nos termos da doutrina de Jorge Pereira da Silva: “Quando é a observância do imperativo de tutela que está em questão, mais ainda do que em qualquer outra dimensão da constitucionalidade, e em correlação com uma maior liberdade de conformação legislativa (dada a estrutura dos deveres activos de intervenção), a instância de controlo tem de lidar com critérios de evidência, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador”. In *Deveres do Estado* cit., pp. 622-623.

⁵⁹³ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., pp. 1035-1036.

⁵⁹⁴ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.cc.aaa).

⁵⁹⁵ Sobre a Constituição dirigente, democracia política e participação popular, entre outros: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente* cit., pp. 462 e ss..

⁵⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 204.

⁵⁹⁷ Jorge Reis Novais discorre que o mais longe que se pode ir de uma delimitação abstrata de um mínimo de realização “é o resultado da associação deste princípio com o princípio da dignidade da pessoa humana, na dimensão deste último segundo a qual há violação da dignidade da pessoa humana quando alguém é privado de recursos mínimos para uma existência condigna ou [...] quando alguém é involuntariamente mantido ou abandonado numa situação de penúria material ou num estado de falta de oportunidades de educação que não lhe permitem uma sobrevivência em condições não degradantes ou com condições mínimas de autodeterminação pessoal”. In *Direitos Sociais* cit., p. 393.

defendido alhures, no sentido de que se entende por “mínimo” tudo aquilo que for indispensável para a manutenção vital do indivíduo, além da participação política e social.

O ponto fulcral na definição do mínimo em um caso concreto é o respeito à dignidade da pessoa humana. Não há falar em respeito à separação de poderes, restrição da jurisdição constitucional ou reserva do possível, se a dignidade humana é violada a tal estágio que comprometa a própria vida. Sem adentrar a discussão se a dignidade da pessoa humana é um direito em si ou, na verdade, uma fonte para outros direitos, mesmo quando não expressamente previsto no texto constitucional, ela é a base para a verificação do dever estatal, uma vez que se trata de um princípio estruturante do Estado de Direito⁵⁹⁸.

Em posição crítica, Jorge Sampaio alega que a primeira dimensão – controle de mínimo -, acaba por ser inexistente ou redundante, pois situações de ofensa à dignidade da pessoa humana não seriam redutíveis à proibição de insuficiência. Alternativamente, o controle de mínimo recairia sobre o princípio geral da proporcionalidade⁵⁹⁹.

Não se concorda com a conclusão. Os meios da proporcionalidade clássica não exaurem a celeuma sobre a proteção insuficiente. No mais, tem-se que a dignidade da pessoa humana é sim fundamento basilar para a verificação do mínimo exigido.

Para além do controle de mínimo apurado em um controle de evidência da omissão, Jorge Reis Novais adiciona uma garantia complementar através da proibição de desrazoabilidade. Em resumo – a aplicação do princípio da razoabilidade e da proibição de insuficiência foi tratada nos capítulos anteriores -, a razoabilidade será verificada, nesse caso, em relação às consequências da prestação insuficiente de um direito social. Para o Autor, “há um déficit inconstitucional de protecção quando a omissão estatal deixa os cidadãos afectados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social”⁶⁰⁰.

Quanto ao controle de razoabilidade, Jorge Sampaio contrapõe que o controle de razoabilidade comprovaria a inexistência da autonomia dogmática da proibição de insuficiência, porque integraria igualmente e de forma suficiente o princípio da proibição de excesso, o que rechaça a justificativa de um princípio autónomo⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 205.

⁵⁹⁹ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 891.

⁶⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 207-210.

⁶⁰¹ SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 891.

Entretanto, entende-se que a razoabilidade pode ser aplicada como instrumento jurídico próprio e não como parte do conteúdo normativo da proibição de insuficiência, o qual permanece com o controle de mínimo e controle de evidência.

De volta aos dois critérios que preenchem o conteúdo normativo da proibição de insuficiência, se todas as possibilidades possíveis foram analisadas dentro da proibição de insuficiência, Martin Borowski discorre que haverá então três cenários.

No primeiro, nenhum meio atende a todos os requisitos. No segundo, apenas um meio preenche os requisitos, razão pela qual pode ser exigido, considerando a fundamentalidade do direito. Por fim, no terceiro, juridicamente difícil de ser analisado, há mais de um meio que atende à proibição de insuficiência. Isso acarretará a falta de critérios para imiscuir-se na função do legislador ordinário e para justificar a intensidade do controle.

O doutrinador alemão sugere quatro soluções em caso de dificuldade de preenchimento do critério de proibição de insuficiência, as quais são analisadas sob a ótica dos direitos fundamentais sociais e a sua prestação: i) a renúncia a alguns critérios de seleção, tornando-o somente um obrigatório e os demais facultativos, havendo, por consequência, maior liberdade de escolha do Estado; ii) a escolha da medida que possa maximizar a promoção do direito social, atingindo o maior público possível, de forma a criar uma ordem de precedência e o mais alto seria o exigido; iii) a escolha do meio mais eficiente, dentro do binômio custo-benefício, algo que a hipótese anterior não considera; e iv) deixar ao Estado a liberdade para a escolha do grau de cumprimento, desde que o meio proporcione o maior grau de promoção⁶⁰².

O primeiro caminho não parece oportuno, porque retira critérios e etapas da verificação da proibição de déficit, ajudando a alijar a autonomia e a carga dogmática do princípio. Quanto às três outras hipóteses, dentro de um caso concreto, há de se verificar as situações socioeconômicas e os multifatores envolvidos e, em especial, a justificativa apresentada pelo ente estatal⁶⁰³.

⁶⁰² Sobre o controle de evidência e os meios alternativos, expõe Laura Clérico: “*La regla de la evidencia es aplicable también para el caso de los medios alternativos más idóneos en el examen del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Aquello que tiene que ser manifiestamente incontrovertido es que existían otros medios (en comparación con los atacados, es decir, la omisión o la acción insuficiente o defectuosa) que podían realizar en mayor medida el derecho de prestación positiva afectado*”. In *El examen de proporcionalidad* cit., p. 141.

⁶⁰³ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.cc.ddd).

Assim como na proibição de excesso, pode surgir empate de ponderação na proibição de insuficiência, quando não for detectada uma violação ao direito social. Nesse caso, ao Estado competiria decidir, o que afastaria qualquer questão sobre a intensidade do controle⁶⁰⁴.

De todo o exposto, mantém-se a afirmação de que “a alegação de que o conteúdo dos direitos fundamentais de prestação não pode ser suficientemente determinado por razões estruturais revela-se, portanto, incorreta”⁶⁰⁵. Entretanto, é importante a ressalva de que tanto o controle de mínimo quanto o controle de evidência, sem a devida análise argumentativa, levam à generalização com consequências à separação de poderes⁶⁰⁶.

4.2 A autocontenção do Poder Judiciário e a separação de poderes

Outro desafio na aplicação do princípio da proibição de insuficiência é a separação dos poderes. Sem aprofundar e historiar a questão desde Marsílio de Pádua, passando pelas teorias de Montesquieu, Rousseau e John Locke, até aos dias atuais, a atribuição de cada um dos poderes do Estado é um princípio estrutural em qualquer democracia, em um sistema de freios e contrapesos e com a distribuição de responsabilidades e de controles⁶⁰⁷.

O Estado de Direito impõe que a Administração tenha um espaço para o seu poder discricionário. Como afirma Luís Pietro Sanchís, “*el Estado constitucional democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del legislador*”⁶⁰⁸. Entretanto, a recusa de um ato ou mesmo o silêncio de determinados órgãos públicos podem esgotar a discricionariedade e partir para a inconstitucionalidade por omissão.

⁶⁰⁴ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.2.b.dd.aaa).

⁶⁰⁵ Tradução livre. BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item II.3).

⁶⁰⁶ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 627.

⁶⁰⁷ Entre tantos sobre o assunto, recorda-se a lição de Nuno Piçarra: “Faz certamente sentido falar numa ‘separação social dos poderes’ para designar as interações e os equilíbrios entre os partidos e os vários tipos de grupos de interesse, mas como tema autónomo em relação ao princípio constitucional da separação dos poderes, cujo âmbito é fundamentalmente o Estado e que, de modo algum, se reduz àquelas interações e equilíbrios, os quais, todavia, não podem deixar de se repercutir no interior do Estado”. In *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 25.

⁶⁰⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos sociales* cit., p. 53.

Em relação ao Tribunal Constitucional, a competência será aquela que a Constituição lhe atribuir, será mais ou menos contida conforme a sua estrutura e as áreas em que atuar⁶⁰⁹. Isso ganha relevo quando se trata de direitos sociais e o reconhecimento da obrigação de implementá-los, diferente da função de legislador negativo quando o Tribunal atua no âmbito dos direitos de liberdade.

Dentro do sistema português, que prevê hipóteses de fiscalização preventiva, em caso de omissão, a fiscalização é sempre *a posteriori*, uma vez que o Tribunal não intervém durante o processo legislativo e somente agirá se constatada uma omissão juridicamente relevante⁶¹⁰. No mais, diferente da inconstitucionalidade de um *facere* que acarreta a nulidade do ato, a inconstitucionalidade de um *non facere* aponta para uma infinidade de ações alternativas para afastar o vício apontado⁶¹¹.

Jorge Silva Sampaio defende que a alocação orçamentaria é de competência exclusiva do legislativo. Ao judiciário caberia o controle das justificativas com base no princípio da proporcionalidade, “que enquanto norma reguladora do exercício de competência de criação deontica poderá sinalizar um eventual incumprimento parcial insuficiente no plano constitucional”⁶¹². Todavia, mesmo essa única hipótese também precisa de autocontenção, pois o juiz constitucional não é o gestor do orçamento - o que reforça a necessidade de ampla discussão do Orçamento do Estado - e nem o idealizador das políticas públicas⁶¹³.

Em lado oposto, como o legislador ordinário possui margem de discricionariedade para cumprir a obrigação e a proibição de insuficiência está ligada ao controle de mínimo⁶¹⁴, caso opte por conferir maior proteção não há falar em atribuição jurisdicional para analisar suposta violação à proporcionalidade⁶¹⁵.

Em relação à aplicação da proibição de déficit e proibição de excesso frente à separação de poderes, Jorge Reis Novais esclarece que “o controlo jurisdicional de proibição de déficit em domínio dos deveres de prestação não deve mimetizar a natureza do controlo de proibição do excesso aplicável ao cumprimento do dever de respeito dos

⁶⁰⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Lei e Sentença* cit., p. 738.

⁶¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade* cit., p. 372.

⁶¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições* cit., p. 76.

⁶¹² SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade* cit., p. 902.

⁶¹³ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais* cit., p. 236.

⁶¹⁴ Resume Jorge Pereira da Silva: “É bem verdade que o poder legislativo é o primeiríssimo destinatário dos deveres de protecção e que a proibição de déficit constitui um parâmetro constitucional particularmente adequado à aferição jurisdicional do cumprimento, por parte do legislador, de uma medida mínima das suas obrigações positivas de actuação”. In *Deveres do Estado* cit., p. 623.

⁶¹⁵ GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado* cit., p. 162.

direitos fundamentais”. Acrescenta que o “caráter intensivo do controlo jurisdicional do excesso no âmbito do dever de respeito dos direitos fundamentais deverá corresponder um controlo de evidência na aplicação da proibição de insuficiência em domínio dos deveres de prestação”⁶¹⁶. A análise da separação dos poderes a partir da proibição de excesso é salutar à proibição de défice, porquanto a primeira já apresentou algum êxito na jurisdição constitucional.

Uma das principais críticas a não fundamentalidade dos direitos sociais é a não justiciabilidade, o que fora afastado⁶¹⁷. Entretanto, existem restrições por parte de muitas Cortes Constitucionais em invalidar decisões que possam ser caracterizadas como políticas, ou que envolvam recursos orçamentários ou, ainda, que impliquem na decisão de qual grupo de interesse será prioritariamente atendido. Para evitar tal debate, é relevante a existência de mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos sociais, como, por exemplo, a inconstitucionalidade por omissão e, entre outros princípios, a proibição de insuficiência, pois, dessa forma, o controle judicial estará de acordo com os instrumentos jurídicos usualmente conhecidos⁶¹⁸.

Com fundamento em todos os elementos apresentados – mínimo existencial, reserva do possível, razoabilidade, proibição de excesso, igualdade e, por óbvio, a proibição de insuficiência - é possível o contraste entre o direito positivado e as medidas efetivadas⁶¹⁹. O escopo da proibição de insuficiência é o de permitir o controle do cumprimento das obrigações impostas ao Estado, o que não impede o legislador de buscar as melhores alternativas. Fala-se de uma “barreira inferior da liberdade de avaliação e

⁶¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., pp. 200-201.

⁶¹⁷ Rememora-se a lição do doutrinador chileno Humberto Nogueira Alcalá que esclarece que a promoção dos direitos fundamentais constitui um dever de todos os órgãos do Estado, aí incluído o Tribunal Constitucional, que devem adotar ações para afastar os obstáculos que impedem o desenvolvimento dos direitos, por meio dos instrumentos que estão a sua disposição. In *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 90.

⁶¹⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., pp. 127-129.

⁶¹⁹ Sobre a proporcionalidade e o direito formal e material, defende Paulo Bonavides: “Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional. Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da proibição da separação de poderes”. In *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 408. A afirmação de uma ascendência do juiz sobre o papel do legislador parece perigosa, porquanto leva a situações irreversíveis de preponderância de poderes. Esse é justamente um dos motivos pelo qual se apura os elementos dogmáticos da proibição de insuficiência, isto é, permitir o reconhecimento da inércia ou da debilidade da prestação social, sem, contudo, adentrar à função daquele que foi democraticamente eleito.

modulação do legislador”, típica de um Estado que reverencia dos direitos fundamentais⁶²⁰.

Dentro da lógica de separação de poderes, no caso de deveres de prestação, há de existir um juízo de ponderação e de eficácia das medidas, acrescido de um juízo de sustentabilidade financeira para o Estado⁶²¹. Ao final, caso constatada a omissão, compete à jurisdição constitucional reconhecer a gravidade da debilidade e encaminhar os fatos aos poderes com atribuição originária para a resolução da divergência⁶²².

No geral, na jurisprudência constitucional portuguesa, há uma intensidade menor, em uma postura de autocontenção, especialmente sobre os efeitos sociais e econômicos e suas diversas nuances, especialmente quando há meios alternativos para efetivação do direito^{623 624}.

Mais contida ainda é a posição do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade, mantém a legislação em vigor até que o legislador ordinário aprove uma nova. É autorizado que, em hipótese de emergência criada em razão do vazio legislativo, o Tribunal venha a editar uma medida liminar. Entretanto, a alternativa não é banalizada ou utilizada em casos de simples omissão⁶²⁵.

No caso brasileiro, como apontado na análise da jurisprudência, e até mesmo por causa dos baixos índices de desenvolvimento social em diversas áreas e da falta de políticas públicas efetivas, existe uma maior abertura e aceitação de decisões constitucionais que, para além de reconhecer a omissão, diga o que deve ser feito e o prazo de execução.

A influência norte-americana e a tradição jurisprudencial, a ausência de respostas para as questões sociais, a falta de representação política dos atuais partidos ou a constitucionalização de qualquer direito são hipóteses que proporcionam um protagonismo do Supremo Tribunal Federal⁶²⁶. Não há, diante de tal cenário, como não alegar a possível ofensa da separação de poderes.

⁶²⁰ SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado* cit., p. 616.

⁶²¹ RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições* cit., p. 86.

⁶²² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., p. 251.

⁶²³ PINTO, Paulo Mota. *A proteção da confiança na jurisprudência da crise* cit., p. 1179.

⁶²⁴ Vitalino Canas defende que é falsa a afirmação de que o Tribunal Constitucional português tenha uma “agenda social” ou “agenda econômica”. Ao contrário, o Autor sinaliza, de forma positiva, que o Tribunal é “órgão amortecedor de aspectos mais irrealizáveis no plano das tarefas do Estado e dos direitos sociais”. In *O sistema português de fiscalização* cit., p. 108.

⁶²⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., p. 605.

⁶²⁶ SILVA, Carolina de Freitas e; BAPTISTA, António Luís Silva. *O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume LVIX, Ano 2018/2, pp. 226-227.

Ao propor uma solução, Jorge Pereira da Silva esclarece que o juiz, em um primeiro momento, deve caracterizar a norma constitucional como norma não exequível por si mesma ou como norma programática. Na sequência, analisar o tempo decorrido entre o início da vigência da norma e o momento em que a questão é apresentada ao Tribunal. Por fim, observa-se se estão presentes condições de fato e de direito necessárias à efetivação do direito pleiteado⁶²⁷.

Carlos Blanco de Moraes, quanto às normas programáticas, em razão da alocação de recursos do orçamento público, sugere, a fim de preservar a separação de poderes, que o modelo brasileiro conceba, como existe em Portugal, a responsabilidade civil extracontratual por danos causados ao cidadão em razão da omissão inconstitucional. Contudo, permitir a generalidade da obrigação estatal de ressarcir de forma individual uma prestação social que tem caráter coletivo poderia impor um ônus financeiro vultoso ao Estado⁶²⁸.

Compreende-se, então, que dentro da fiscalização de constitucionalidade por omissão, a função do juiz constitucional, com base nos elementos dogmáticos da proibição de insuficiência e em caso de evidência da não prestação do direito social ou da prestação débil, é a de atuar somente para que o mínimo (controle de mínimo) seja assegurado e satisfaça as condições básicas. Essa equação favorece a proteção à separação dos poderes, visto que o juiz não confrontará a função legislativa para maximizar o direito, apenas se pronunciará se o mínimo não for atendido.

Na ausência de lei, o juiz “não tem a mesma elasticidade ou a mesma latitude da ação do legislador”. Logo, “incumbe-lhe atuar de modo a impor não mais do que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental”. Caso vá além, o judiciário adentrará no espaço do legislador, igualando os poderes, o que ofende a separação de atribuições dos entes públicos e extrapola o controle da insuficiência de tutela⁶²⁹.

⁶²⁷ SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional* cit., p. 197.

⁶²⁸ Observa o Autor: “Aceitar que o STF brasileiro possa actuar como legislador supletivo, preenchendo uma omissão absoluta através de uma norma criada inovatoriamente mediante acórdão proferido em controlo abstracto e com força *erga omnes*, operando juízos livres de conformação política sobre políticas públicas sob o pretexto de realizar direitos sociais, abalaria irremediavelmente o princípio da separação de poderes”. In *Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade* cit., pp. 605-606. É justamente os “juízos livres de conformação política” que se tenta afastar com a aplicação da proibição de insuficiência e os controles de mínimo e de evidência. A argumentação aprofundada, baseada em dados técnicos, considerando os elementos objetivos e subjetivos, permite uma melhor tomada de decisão e afasta, pelo menos em parte, eventual alegação de ofensa à separação de poderes.

⁶²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* cit., sem paginação (*e-book*, segunda parte, item 8.18.5).

A crítica da opção do legislador será realizada em um contexto ponderativo, para que possua força argumentativa e não se torne um decisionismo desprovido de estrutura jurídica. A decisão impescinde de considerações de caráter material ligadas ao direito fundamental social que se pretende, em virtude de que haverá omissão inconstitucional apenas “na medida exacta em que o dever de legislar seja materialmente determinado ou determinável”, a depender do grau de densidade da norma e a vinculação do legislador frente à Constituição^{630 631}.

Em qualquer cenário, contudo, é imperioso manter a autocontenção, principalmente quando houver meios alternativos de cumprimento da obrigação estatal⁶³². Em caso de inexistência de lei sobre certa matéria, não compete ao judiciário a substituição do legislativo. Por outro lado, em casos excepcionais, a fim de respeitar o núcleo essencial do direito, se utilizadas as metodologias expostas e se evidente a insuficiência ou a prestação social discriminatória, sem justificativa plausível, existe a permissão para o judiciário afirmar o direito originário à prestação⁶³³.

Inclusive, a prestação discriminatória reforça a conjugação do princípio da proibição de insuficiência com o da igualdade. O controle de igualdade também traz riscos à separação de poderes, porque, em regra, é um controle negativo e não positivo para orientar determinada conduta política⁶³⁴.

Outro o risco, como exposto, é o da decisão do Tribunal Constitucional ser uma “sentença ficta”, ou seja, o juiz constitucional se limitaria a “simples declaração da inconstitucionalidade”, o que tem sido a orientação geral⁶³⁵. A mera ciência ao legislador, quando se trata de inconstitucionalidade por omissão, não o torna obrigado a legislar, de forma que o julgado seria ineficaz. O mesmo ocorreria caso o Tribunal entendesse que

⁶³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., p. 361.

⁶³¹ Sobre o dever de legislar ser determinado, Canotilho aponta: “A importância das normas constitucionais impositivas deriva do facto de elas imporem um dever concreto e permanente, materialmente determinado que, no caso de não ser cumprido, dará origem a uma omissão constitucional. Por outro lado, o facto de as imposições constitucionais conterem, algumas vezes, os critérios materiais que o legislador deve observar quando as concretiza, suscita o problema de saber se a liberdade de conformação do legislador não será aqui particularmente limitada, a ponto de se poder falar em simples discricionariedade legislativa”. In *Direito Constitucional* cit., p. 1173.

⁶³² No que tange ao sistema constitucional de distribuição de competências e a escolha do meio alternativo, extrai-se da doutrina de Pedro Fernández Sánchez: “[...] não é então verdade que o juiz esteja impedido de facto de dar exequibilidade plena ao direito fundamental; ele apenas se autocontém nos seus poderes de pronúncia se partir da premissa de que, *de iure*, o sistema de separação de poderes lhe não permite emitir uma sentença nos casos em que existem meios alternativos de concretização do direito à disposição do legislador, sem que a Constituição indique objectivamente uma solução concretizadora necessária”. In *Lei e Sentença* cit., p. 755.

⁶³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais* cit., pp. 362-364.

⁶³⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada* cit., p. 166.

⁶³⁵ CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso* cit., p. 1033.

uma lei garante apenas uma proteção parcial, pois ela continuaria em vigor até que uma nova fosse promulgada⁶³⁶.

Sem abrir um novo flanco de discussão, o efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade em caso de omissão pode apontar para a redução da discricionariedade do legislador a zero⁶³⁷. Isso porque, conforme defendido, a atuação do Tribunal Constitucional é de autocontenção, deixando para o legislador ordinário a escolha.

Fátima Sá sintetiza que “a razão de ser das sentenças aditivas seria, por assim dizer, a reparação ou correção da inconstitucionalidade para o futuro”, com fundamento, principalmente, na proteção do princípio da igualdade⁶³⁸. Situação diversa seria a sua utilização para a resolução de questões de omissão legislativa na esfera dos direitos fundamentais sociais, o que implicaria, por exemplo, no Orçamento do Estado.

Carlos Blanco de Moraes divide a questão entre sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação. A primeira, com efeitos imediatos, com base no princípio da igualdade, declara a inconstitucionalidade parcial de norma violadora de situações jurídicas protegidas, como os direitos liberdades e garantias. A segunda, em geral, se relaciona com os direitos econômicos, sociais e culturais, e almeja não apenas o reconhecimento da omissão, mas também a realização material⁶³⁹.

Certo é que a decisão que reconhece a inércia impõe um dever moral para estimular o atendimento da pretensão social⁶⁴⁰. Esse risco faz parte do Estado de direito democrático e, sobretudo, da própria preservação da democracia e da separação de poderes. Caso contrário, poderia haver um efeito perverso, como aponta Carlos Bernal Pulido: “*lo que debe ser el producto de la decisión democrática, se transfiguraría en un objeto de interpretación constitucional*”⁶⁴¹.

⁶³⁶ Entre outros sobre a mera verificação da existência de uma omissão inconstitucional: MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 511 e ss.. O Autor menciona, ainda, que “o juiz constitucional aparece como um elemento perturbador entre quem faz as leis e quem é chamado a aplicá-las” (p. 32).

⁶³⁷ BRANCO, Nuno Ricardo Pereira. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade* cit., p. 175.

⁶³⁸ SÁ, Fátima. *Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas*. In *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Organização Carlos Blanco de Moraes et al. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 427 e ss..

⁶³⁹ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Tomo II. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 429-430.

⁶⁴⁰ Entre outros: SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 166; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *El ambicioso programa de derechos* cit., p. 129.

⁶⁴¹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad* cit., p. 368.

Ainda sobre uma decisão ficta, há dificuldade quando a efetivação do direito fundamental social exigir reformas estruturais profundas, grandes projetos ou alto custo financeiro. Exemplificando, em uma cidade de grande porte sem qualquer tipo de saneamento básico, a decisão que reconhece a omissão inconstitucional e determina que, no prazo de um ano, todas as residências tenham acesso à saneamento, provavelmente se tornaria uma sentença sem qualquer efeito da realidade diária do cidadão.

Além da sentença de provimento ficto, aponta-se outras duas possibilidades da decisão constitucional. Uma é a de acolher a medida escolhida pelo legislador dentro da discricionariedade como uma ordem obrigatória para futuras prestações. O Tribunal seria o garantidor da execução. A segunda seria quando, diante da total inércia dos outros poderes públicos, o Tribunal verificar a existência de uma única medida adequada ou a ausência de alternativas para assegurar o direito em questão. Nessa hipótese, o judiciário acabaria por escolher a opção, o que traz maiores riscos à separação de poderes⁶⁴². Quanto à última hipótese, o que se verifica é que as decisões não consideraram a proibição de insuficiência de maneira correta ou apenas a citaram *en passant*.

4.3 As crises financeiras e a expectativa social

Talvez um dos maiores aspectos da aplicação da proibição de insuficiência, e que ganhará mais destaque nos próximos anos, é a verificação do controle de mínimo e de evidência em época de crise financeira e o imperativo de ação do Estado no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Entre as causas da erosão democrática atual e do avanço do populismo de direita e de esquerda, conforme Luís Roberto Barroso, encontram-se três categorias: políticas, econômicos-sociais e culturais-identitárias. Abordando apenas a segunda que nos interessa, registra-se o aumento do número de trabalhadores sem emprego ou em empregos precários, a redução da perspectiva de ascensão social, a precariedade dos serviços públicos, o processo migratório, bem como as políticas de austeridade fiscal e os planos de recuperação econômica de alguns países. Tudo isso faz aumentar a

⁶⁴² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales* cit., pp. 251-253.

desconfiança do cidadão em relação à capacidade do Estado em promover o bem-estar esculpido em diversas Constituições⁶⁴³.

Não se olvida a discussão sobre o retrocesso social. Até o Professor Canotilho, que mantinha posição mais rígida, modificou o entendimento para permitir mudanças, desde que preservado o núcleo essencial do direito⁶⁴⁴. A vedação do retrocesso social, sempre lembrada em época de crise, se alinha à proibição de insuficiência sobre até que ponto é possível reduzir um direito social, isto é, qual o “limite do sacrifício”. Se é inevitável a redução, o princípio não pode ser absoluto, sob pena de falência do Estado e de, no lugar de reduzir, causar a extinção do direito. A questão foi amplamente abordada na jurisprudência portuguesa em diversos julgados da “jurisprudência da crise”^{645 646}.

Em razão das mudanças e das incertezas econômicas, uma coisa é falar em redução do direito social, a outra é a destruição ou a aniquilação do dever estatal de prestação⁶⁴⁷.

Igualmente à vedação do retrocesso social, a proteção da confiança, tratada nos capítulos anteriores, guarda profunda relação com a proibição de proteção deficiente em períodos de crise. Eventual quebra da confiança é objeto de tutela jurisdicional, cabendo ao juiz verificar se as expectativas foram consideradas ou poderiam ter sido⁶⁴⁸.

⁶⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* cit., sem paginação (*e-book, post scriptum*, item II.4).

⁶⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 110-112.

⁶⁴⁵ Carlos Blanco de Moraes afirma que a redução de prestações sociais em Portugal, após a crise financeira de 2008, “abalou decisivamente utopias e mitos constitucionais sobre direitos consolidados e posições adquiridas, se bem que tenha, igualmente desenganado os que supunham que a exceção financeira suspenderia a Constituição social, reduzida a mínimos e até a patamares situados abaixo desses mínimos”. In *De novo a querela da “unidade dogmática”* cit., pp. 68-69. Sobre a posição ideológica no período de crise e a atuação do Tribunal Constitucional português, afirma Jorge Reis Novais: “Mesmo quando tal não tenha vindo abertamente afirmado, a oposição ideológica entre forças políticas defensoras de concepções neoliberais e os direitos sociais que encontraram derradeiro lugar de sustentação na jurisprudência do Tribunal Constitucional constituiu uma marca indelével de anos em que a restrição dos direitos era essencialmente justificada em argumentos de natureza político-ideológica instrumentalmente acolhidos sob a referência vaga ao argumento financeiro”. In *Direitos Sociais* cit., pp. 332-333.

⁶⁴⁶ Tiago Fidalgo de Freitas aponta duas manifestações limitadas do princípio da vedação do retrocesso social. A primeira que considera inconstitucional uma norma que suprima ou reduza, desconsiderando a argumentação econômico-financeira, direitos já reconhecidos. A segunda que aponta que determinados direitos sociais têm proteção constitucional reforçada e, por isso, impõe a declaração de inconstitucionalidade de leis que com eles não se conformem. In *O princípio da proibição de retrocesso social* cit., p. 801.

⁶⁴⁷ Embora passadas três décadas, extrai-se do ainda atual Acórdão n.º 39/84: “Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados”.

⁶⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios estruturantes do Estado de Direito* cit., p. 224.

Conforme diz Alexy, “a extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas”. O fato de haver pouco a ser distribuído, não exige o legislador de garantir a proibição de insuficiência. Por outro lado, se os direitos sociais forem inflexíveis, no lugar de uma crise econômica haveria uma crise constitucional.

O Autor faz três considerações: i) nem tudo que é considerado como direito social é exigível como mínimo em qualquer tempo; ii) os direitos supostamente definitivos são sopesados em circunstâncias distintas; e iii) é justamente em tempo de crise que a proteção constitucional do mínimo é imprescindível⁶⁴⁹.

No âmbito do direito internacional, o Comitê das Nações Unidas para direitos econômicos, sociais e culturais estabeleceu requisitos para a mudança de prestações em período de crise. Em especial, é imposto aos Estados-Membros um piso de proteção social em todos os momentos, com a afirmação de que não existe uma discricionariedade irrestrita e, por vezes, o custo humano não é considerado em políticas de austeridade fiscal⁶⁵⁰.

Em casos de restrição, a Constituição não pode ser interpretada alheia às questões econômicas. Situações de “escolhas trágicas” e teses de justiça social entraram na pauta constitucional⁶⁵¹. Quanto às expectativas sociais, elas também são variáveis, de acordo com a condição de quem requer e o que se requer. O ponto é que os bens primários mudam de acordo com a posição maior ou menor⁶⁵². Mantem-se, contudo, o entendimento de que é garantido tudo aquilo que for primordial para a manutenção vital do indivíduo e da sua participação política e social.

Embora com mudanças significativas conforme as condições socioeconômicas, não houve, pelo menos no contexto português e brasileiro, a suspensão das normas constitucionais de direito social. Também não houve a decretação de um estado de exceção ou de necessidade, mesmo na mais intensa crise financeira⁶⁵³.

Jorge Miranda elenca quatro condicionantes para a redução dos direitos sociais em tempo de crise: i) ser garantido o mínimo material de subsistência; ii) o respeito aos

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 513.

⁶⁵⁰ BILCHITZ, David. *Socio-economic rights* cit., p. 729.

⁶⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 729.

⁶⁵² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., pp. 109-110.

⁶⁵³ Sobre a mudança de um direito, colhe-se do Acórdão n.º 287/90: “A ideia geral de inadmissibilidade poderá ser aferida, nomeadamente, pelos dois seguintes critérios: a) afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes”.

princípios da universalidade, da igualdade e da proporcionalidade; iii) a existência de autorização legislativa; e iv) o funcionamento de mecanismos de controle de constitucionalidade⁶⁵⁴.

O período de crise impõe ao Estado a maximização dos esforços e recursos disponíveis, principalmente para proteção dos grupos mais vulneráveis, razão pela qual, além de um conteúdo mínimo social, haveria um “mínimo de população” composto por esses coletivos que carecem de uma maior proteção estatal.

Dessarte, a redução de um direito e a conseqüente frustração da expectativa requerem profunda argumentação, a qual pode ser fundamentada na proibição de insuficiência, para que o Tribunal Constitucional verifique a hipótese e, caso entenda, declare a inconstitucionalidade.

Por fim, como exposto ao longo do trabalho, a proibição de insuficiência se trata de um importante instrumento jurídico no âmbito dos direitos fundamentais sociais, com aplicação em diversas circunstâncias da vida política, econômica e jurídica.

⁶⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais* cit., pp. 547-548.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi abordado ao longo desta dissertação, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, o princípio da proibição de insuficiência se mostra um instrumento jurídico relevante na verificação da inconstitucionalidade por omissão dos direitos fundamentais sociais.

Iniciou-se o trabalho desde a positivação dos direitos sociais e a sua característica de fundamentalidade, passando pelo custo dos direitos, as formas de omissão e de discricionariedade e o sistema de fiscalização de inconstitucionalidade.

A positivação nas Constituições do México e de Weimar representaram um grande avanço. Em países com maiores necessidades nas áreas sociais, estarem expressas no texto constitucional as obrigações estatais é um reforço na garantia do cidadão e do próprio Estado Social, tanto para prestações jurídicas como para prestações materiais.

Após períodos de exceção, Portugal, Brasil e África do Sul, a fim de reduzirem as desigualdades, promulgaram Constituições com amplo rol de direitos sociais. Com isso, e considerando a força normativa da Constituição, as normas vinculam-se à atividade do legislador.

Não obstante o respeito à separação de poderes e à ampla discricionariedade política, isso não tem o condão de desviar a exigência de efetivação dos direitos sociais. Toda e qualquer redução ou prestação abaixo do patamar mínimo esperado precisa de fundamentação. E é justamente essa razão que está sob a análise da jurisdição constitucional.

Não se nega o custo dos direitos, aliás, o que se expôs ao longo do trabalho é que não existe um direito social absoluto, fixo ou gratuito. A dimensão subjetiva não afasta a questão da onerosidade, da escassez de recursos ou das crises financeiras. Por outro lado, a tão alegada teoria da reserva do possível precisa ser vista, com o perdão da redundância, com reserva. A justificativa não é uma salvaguarda para as omissões inconstitucionais, em especial para os direitos sociais diretamente ligados ao desenvolvimento humano, como saúde, educação e seguridade social.

O parâmetro de mínimo existencial sempre será destaque no tema da proibição de insuficiência. Apesar de impreciso e variável, tudo aquilo que for indispensável para a sobrevivência vital do indivíduo e para sua participação política e social é considerado como mínimo. A fixação do mínimo existencial é multifatorial e considera, entre outros

aspectos, o local dos fatos, o que e quem requer, além das condições econômicas, sociais e políticas à época. Outro limite é a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há falar em dignidade sem a garantia de recursos necessário para isso.

O Tribunal Constitucional possui papel crucial na análise da inconstitucionalidade por omissão. Sem imiscuir-se na função legislativa, havendo mecanismos de controle de fiscalização, compete à Corte declarar a inconstitucionalidade, porém sem preencher o “vazio regulatório”.

Existe o risco de a sentença ser uma mera declaração de inconstitucionalidade por omissão (sentença ficta). A insegurança decorre da própria separação de poderes, pois permitir que o Tribunal diga como e de que forma o direito será prestado, resultaria, por consequência, na substituição do legislador pelo juiz.

Para a tomada da melhor decisão, é primordial que o Tribunal tenha acesso às nuances envolvidas, aos dados técnicos e às repercussões financeiras. Além disso, quando se tratar de uma proteção débil, o ônus da prova daquilo que foi feito ou da impossibilidade de se fazer recai sobre o Estado. A discricionariedade do legislador é interpretada como a liberdade para a conformação das obrigações constitucionais e não para a inércia do dever estatal.

Diferente de um *facere* em que se analisa uma conduta específica, em regra, com base na proibição de excesso, um *non facere* é apurado por meio das diversas possibilidades do que poderia ter sido realizado. Essa dificuldade expõe um dos motivos pelo qual a simples aplicação do princípio da proporcionalidade clássica (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) não tem maiores êxitos quando se trata de verificação da insuficiência.

Entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, o legislador possui um corredor aberto para atuação (tese *Korridor*), o que afasta a tese de englobamento da proporcionalidade ou de que a proibição de déficit seria apenas a dupla face da vedação de excesso.

A fórmula da *Untermassverbot* decorre da violação do dever estatal de cumprimento da obrigação de um direito fundamental. A verificação será mais simples quando a Constituição determinar com exatidão a forma de efetivação. Entretanto, não é esta a realidade da maioria dos direitos sociais, uma vez que os deveres de promoção são, em geral, indeterminados.

A atuação do Tribunal Constitucional será de acordo com o papel definido na Constituição, o grau de desenvolvimento do país e a aceitabilidade das decisões no âmbito social.

O tratamento superficial das demandas, sem o necessário juízo de ponderação, reduz a proibição de insuficiência a um mero decisionismo ou à uma citação ao longo da sentença sem qualquer elemento dogmático.

Defendeu-se, a partir da segunda parte do trabalho, a autonomia dogmática do princípio da proibição de insuficiência como instrumento de verificação da margem de conformação do legislador na relação bipolar Estado-cidadão.

O controle de mínimo e o controle de evidência permitem a persecução da insuficiência. Em forma de síntese: um mínimo será devido somente se a insuficiência for evidente. Com esses dois elementos, é possível ao juiz constitucional declarar a inconstitucionalidade por omissão.

As duas formas de controle também permitem ao próprio legislador ponderar as medidas a serem tomadas dentro de sua discricionariedade.

Outros instrumentos jurídicos amplamente utilizados podem ser conjugados com a proibição de insuficiência. A proibição de excesso, que já demonstra algum êxito no que tange à separação de poderes, o princípio da igualdade, da proteção da confiança e da razoabilidade auxiliam a decisão e guardam, cada um a sua maneira, relação com a *Untermassverbot*.

Ao longo do trabalho, realizou-se algumas conclusões parciais que agora são retomadas:

i) ao Estado compete o ônus probatório e a necessidade de comprovação progressiva da efetivação dos direitos sociais. Qualquer omissão, parcial ou total, ou redução de um direito social somente pode ser aceita se tiver uma profunda argumentação jurídica, baseada em dados técnicos e com a publicização dos atos;

ii) o direito fundamental social constitui um dever objetivo do Estado e um direito subjetivo do cidadão, em uma correlação dever – direito. Embora juridicamente aceita, a premissa necessita de conformação de acordo com as condições do momento de efetivação;

iii) a importância da discussão de Orçamento de Estado e da participação popular na escolha das opções de políticas públicas;

iv) é dever do Estado ter programas sociais coordenados, transparentes e com resultados factíveis, a fim de comprovar a não aplicação da proibição de defeito.

v) a questão da justiciabilidade dos direitos sociais precisa ser ultrapassada e o debate se concentrar em como tomar a melhor decisão, quais os critérios a serem observados e, em cada caso, justificar o que é o mínimo e delimitá-lo;

vi) prioriza-se as ações coletivas, que representam determinados grupos da sociedade, em vez de inúmeras ações individuais idênticas ou de responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos causados ao cidadão;

vii) ao judiciário é possível, com a exigência de autocontenção, a análise das políticas sociais, cabendo declarar a omissão e encaminhar o fato ao poder competente. Entretanto, mantém-se o poder discricionário do legislador. Somente em uma situação extrema, com risco à existência do indivíduo, uma medida liminar será deferida para resguardar o direito.

As constantes mudanças sociais farão com que os Tribunais julguem *hard cases* com maior frequência. A pesquisa da jurisprudência constitucional demonstrou o espaço ainda existente para o aprofundamento do debate.

O presente trabalho não será o último a tratar do tema, na verdade, apenas se propõe o início da discussão no âmbito dos direitos fundamentais sociais, na certeza de que muito ainda há de ser investigado sobre a importância da proibição de insuficiência e os direitos fundamentais sociais.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2.^a ed. Cascais: Princípiã, 2011.

ALEXY, Robert. *La fórmula del peso*. In *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamental*. Organización Miguel Carbonell. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, pp. 11-37.

_____. *Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección*. In *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Organización Jan-R. Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 119-135.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 3.^a ed. São Paulo: Juspodivum, 2024.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A doutrina da proibição de insuficiência (Untermassverbot)*. In *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Organização Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022 (*e-book*).

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2019.

BILCHITZ, David. *Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine*. Oxford University Press and New York University School of Law, 2014, pp. 710-739.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 11.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 3.^a ed. Baden-Baden: Nomos, 2018 (*e-book*).

_____. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003 (*e-book*).

BRANCO, Nuno Ricardo Pereira. *O efeito aditivo da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

BRANCO, Paulo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. Brasília: Editora Saraiva, 2009.

BRITO, Miguel Nogueira de. *O ordenamento constitucional português e a garantia de um nível mínimo de subsistência*. In *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 1097-1124.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

CANAS, Vitalino. *Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio sobre “Ponderação e Proporcionalidade. Uma teoria analítica do raciocínio constitucional”*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXIV, n.º 2, 2023, pp. 859-890.

_____. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. *O sistema português de fiscalização da constitucionalidade após 1982: um caso de modelo (quase) integral*. In *Nos 40 anos da primeira revisão constitucional*. Coordenação Pedro Fernández Sánchez e Marco Caldeira. Lisboa: AAFDL Editora, 2023, pp. 87-108.

_____. *Proibição do excesso, proibição do defeito e garantia do conteúdo mínimo nas colisões de direitos sociais*. Revista de Direito Público, Volume n.º 19, n.º 101, jan/mar 2022, pp. 586-660.

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

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2020.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *"Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*. In *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Omissões normativas e deveres de protecção*. In *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Tomo I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASAL, Jesús María. *Los derechos fundamentales y sus restricciones: constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*. Bogotá: Editorial Temis, 2020.

CLÉRICO, Laura. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

_____. *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiente por omisión o defecto*. In *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Organización Miguel Carbonell. México: Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2008, pp. 115-159.

_____. *Proportionality in social rights adjudication: making it workable*. In *Proportionality in law: an analytical perspective*. Organizadores David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Suíça: Springer, 2018, pp. 25-48.

_____. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*. In *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Organización Jan-R Sieckmann. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 169-206.

CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro: um exercício de direito constitucional comparado*. 2.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência de poderes*. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 969-970.

COSTA NETO, João. *A Corte Constitucional sul-africana e os direitos fundamentais: um paradigma a ser seguido?* In *Observatório da jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, Ano 7, n.º 1, jan./jun. 2014, pp. 190-225.

DUARTE, David. *Gains and losses in balancing social rights*. In *Proportionality in law: an analytical perspective*. Organização David Duarte e Jorge Silva Sampaio. Suíça: Springer, 2018, pp. 49-69.

FABIÃO, Gonçalo de Andrade. *Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LVIII, pp. 73-99.

FALLA. Fernando Garrido. *Comentarios a la constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: México, 2006.

FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O princípio da proibição de retrocesso social*. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. 5.^a ed. Curitiba: Juruá, 2019.

GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. Tradução Eduardo Mendonça. In *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*.

Organização Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 149-165.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. The Yale Law Journal, Volume 26, n.º 8, 1917, pp. 710-770.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton Company, 1999.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2.^a ed. Tübingen: Mohr, 1905.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Antônio Roberto Hildebrandi. Leme: Edijur, 2020.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8.^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

_____. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Volume I. Lisboa: Coimbra Editora, 2010, pp. 657-683.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 18.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Fiscalização da Constitucionalidade*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Volume II. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Volume III. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *O Tribunal Constitucional em 2010*. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, n.º 15, 2011, pp. 545-610.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Volume I. 2.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de direito constitucional. Teoria da Constituição*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. Revista E-pública, Volume 1, n.º 3, dez/2014, pp. 59-85.

_____. *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*. Volume III. Organizadores Fernando Alves Correia *et al.*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Justiça Constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Tomo I. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Justiça Constitucional: garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*. Tomo II. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MBAZIRA, Christopher. *Litigating socio-economic rights in South Africa: a choice between corrective and distributive justice*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 3.^a ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021.

_____. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Princípios estruturantes de Estado de Direito*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022.

_____. *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2020.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português. Identidade Constitucional*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Instituições políticas e constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007.

PARCERO, Juan Antonio Cruz. *Los derechos sociales como técnica de protección jurídica*. In *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Organización Miguel Carbonell et al.. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

PIÇARRA, Nuno. *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Paulo Mota. *A proteção da confiança na jurisprudência da crise*. In *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 1141-1182.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editora Trotta, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales para el legislador*. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

_____. *Os direitos sociais em proporção*. Tradução Graça Maria Borges de Freitas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Volume n.º 23, Ano 2015, pp. 73-87.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. 2.^a ed. Lisboa: Petrony, 2020.

_____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 4.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *Controle judicial das restrições aos Direitos Sociais*. *Revista E-pública*, Volume 7, n.º 3, 2020, pp. 65-94.

SÁ, Fátima. *Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas*. In *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Organização Carlos Blanco de Moraes et al. Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 409-473.

SAMPAIO, Jorge Silva. *Ponderação e Proporcionalidade. A operação da ponderação, a proporcionalidade como norma reguladora e as condições para a deferência judicial*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2023.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *El ambicioso programa de derechos económicos y sociales de la Constitución Portuguesa y su aplicación innovadora por el Tribunal Constitucional*. Revista española de derecho constitucional, n.º 127, 2023, pp. 115-147.

_____. *Lei e Sentença: separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição portuguesa*. Volume II. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Los derechos Sociales y el principio de igualdad substancial*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Volume n.º 22, 1995, pp. 9-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

_____. *Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.º 10, Madrid, 2006, pp. 303-354.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Organização Luciano Wolfgang Sarlet et al. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história constitucional da Alemanha: da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024 (e-book).

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução Beatriz Hennig *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Carolina de Freitas e; BAPTISTA, António Luís Silva. *O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume LVIX, Ano 2018/2, pp. 193-234.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

_____. *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais: Fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

_____. *Interdição de protecção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial*. In *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda: direito constitucional e justiça constitucional*. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de protecção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da AJURIS, Ano XXXII, n.º 97, março de 2005, pp. 171-202.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

SUNSTEIN, Cass. *Social and economic rights? Lessons from South Africa*. Chicago: University of Chicago Law School, 2001.

TELLES, Inocência Galvão. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

VOLKMANN, Uwe. *Elementos de uma teoria de la Constitución alemana*. Tradução Ignacio Gutiérrez. Madrid: Marcial Pons, 2019.

LEGISLAÇÃO

ÁFRICA DO SUL. *Constituição da República da África do Sul*. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-04-feb-1997>.

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. Disponível em: <https://www.bundestag.de/resource/blob/638342/617306e93cc3eacda9370d2e9f146d56/flyer.pdf>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. *Lei Federal n.º 9.784/1999, de 29 de janeiro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm.

_____. *Lei Federal n.º 9.868/1999, de 10 de novembro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm.

_____. *Lei Federal n.º 12.063/2009, de 27 de outubro*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12063.htm.

ESPAÑA. *Constituição Espanhola de 1978*. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/espana/leyfundamental/Documents/29022016Constitucion.Consolidado.pdf>.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta de Ottawa*. Disponível em: <https://www.iasaude.pt/index.php/informacao-documentacao/promocao-da-saude/152-carta-de-ottawa>.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

_____. *Lei n.º 82/82, de 15 de novembro*. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/28-1982-377508>.

JURISPRUDÊNCIA

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr>
- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Série C, n.º 149.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Disponível em: www.stf.jus.br

- Acórdão n.º 1.800/ADI
- Acórdão n.º 104.410/HC
- Acórdão n.º 109/ADPF
- Acórdão n.º 235/SL
- Acórdão n.º 3.112/ADI
- Acórdão n.º 3.510/ADI
- Acórdão n.º 418.376/RE
- Acórdão n.º 581.352/RE

- Acórdão n.º 639.337/ARE/AgR
- Acórdão n.º 646.721/RE
- Acórdão n.º 7.518/ADI

Tribunal Constitucional Português. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt>

- Acórdão n.º 25/84
- Acórdão n.º 39/84
- Acórdão n.º 287/90
- Acórdão n.º 288/98
- Acórdão n.º 474/2002
- Acórdão n.º 509/2002
- Acórdão n.º 75/2010
- Acórdão n.º 166/2010
- Acórdão n.º 150/2011
- Acórdão n.º 400/2011
- Acórdão n.º 413/2014
- Acórdão n.º 394/2019
- Acórdão n.º 486/2021
- Acórdão n.º 151/2022
- Acórdão n.º 695/2022
- Acórdão n.º 800/2023
- Acórdão n.º 446/2024

Tribunal Constitucional da África do Sul. Disponível em <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/>

- *Case CCT* n.º 32/97
- *Case CCT* n.º 11/00
- *Case CCT* n.º 8/02
- *Case CCT* n.º 12/03
- *Case CCT* n.º 13/03

Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Disponível em: www.bundesverfassungsgericht.de

- *BVerfGE* n.º 1/09

- *BVerfGE* n.º 33/303
- *BVerfGE* n.º 39/1
- *BVerfGE* n.º 50/209
- *BVerfGE* n.º 7/198
- *BVerfGE* n.º 88/203