

RECEBIDO EM: 23/09/2015

APROVADO EM: 25/11/2015

DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E JURISPRUDÊNCIA DE CRISE: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO “DA CONCEIÇÃO MATEUS E SANTOS JANUÁRIO VERSUS PORTUGAL”

***SOCIAL HUMAN RIGHTS AND JURISPRUDENCE OF CRISIS: A
STUDY FROM THE CASE “DA CONCEIÇÃO MATEUS AND SANTOS
JANUÁRIO AGAINST PORTUGAL”***

Gabriel Prado Leal

Procurador Federal de Categoria Especial

Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra - Portugal

SUMÁRIO: Introdução; 1 O ponto de partida: a humanização do direito internacional; 1.1 O reconhecimento dos direitos sociais na esfera internacional; 1.2 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos; 1.3 Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos sociais; 2 O caso: “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”; 2.1 A crise econômica e as medidas de austeridade; 2.2 A decisão do Tribunal Constitucional de Portugal; 2.3 A decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; 2.4 Análise comparativa entre as decisões; 3 Um (possível) ponto de chegada: por uma autocontenção vigilante; Referências.

RESUMO: Os direitos sociais estão, hoje, incorporados à agenda dos Estados nacionais. Entretanto, a recente crise econômica e as políticas de austeridade os colocaram em causa. Neste artigo, analisa-se o papel da jurisdição internacional na proteção dos direitos sociais, tendo por base o caso “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). A análise se insere no contexto da “humanização do Direito Internacional”, isto é, da crescente possibilidade de os indivíduos reclamarem diretamente os seus direitos nas arenas internacionais, inclusive os direitos sociais. A justiciabilidade de direitos sociais, ainda que sejam eles deduzidos de direitos individuais, é reconhecida neste caso. O TEDH, apesar de adotar uma postura autocontida, fruto da correta aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional, deixa claro que a sua atuação compreende o exame da proporcionalidade de medidas restritivas de direitos sociais. Trata-se, na verdade, de um equilíbrio pragmático: a Corte adota uma postura de um lado autocontida, mas de outro também vigilante.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Justiciabilidade. Humanização do Direito Internacional. Pragmatismo. Proporcionalidade.

ABSTRACT: Nowadays, social rights are incorporated into the agenda of Nation States. However, the recent economic crisis and the austerity policies put them into question. In the following paper, the role of international jurisdiction in the protection of social rights is analyzed, from the case of “Da Conceição Mateus and Santos Januário against Portugal”, judged by the European Court of Human Rights (ECHR). The analysis uses the above mentioned case within the context of the “humanization of international law”, that is the growing ability of individuals to claim their rights - including social rights - directly in international arenas. The justiciability of social rights, although it is derived from individual rights, is recognized in this case. The ECHR, while adopting a self-restraint posture, due to the application of the margin of appreciation doctrine, makes it clear that its role includes examining the proportionality of restrictive measures of social rights. It is actually a pragmatic balance: the court adopts a position self-contained on one hand, but also vigilant on the other hand.

KEYWORDS: Social Rights. Justiciability. Humanization of International Law. Pragmatism. Proportionality.

INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, a chamada “questão social” foi incorporada à agenda dos Estados e da sociedade internacional. No plano estadual, constituições como a de Portugal (1976), da Espanha (1978), e do Brasil (1988) foram pródigas na previsão de direitos sociais. No plano internacional, diversos tratados de direitos humanos também procuraram reconhecer essa categoria/dimensão de direitos. Efetivamente, é difícil, hoje ou em futuro próximo, imaginar a sua supressão generalizada dos textos normativos nacionais e internacionais. É possível, pois, dizer que os direitos sociais tornaram-se parte do “sistema cultural de valores” compartilhado por grande parte da humanidade¹ – e, mais ainda, pelas sociedades europeias, responsáveis que são pela expansão do(s) modelo(s) mais conhecido(s) do Estado Social².

Além disso, o crescimento econômico vivenciado nas três décadas subsequentes à Segunda Grande Guerra - os chamados “anos dourados” do capitalismo³ - fez com que muitas pessoas realmente acreditassem que o “progresso” consubstanciava uma curva ascendente e contínua. O futuro parecia alentador. Daí a leitura - relativamente otimista, diríamos - da ideia de progressividade dos direitos humanos sociais, prevista no art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), como uma marcha sempre em frente.

O problema do nosso tempo, porém, é que “o futuro deixou de ser aquilo que era”⁴. Ainda nos anos 70, o modelo de Estado Social começou a dar mostras de esgotamento, o que implicou uma retomada de ideias (neo)liberais em vários países, a exemplo do que ocorreu nos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (EUA). Já neste século, a crise econômica que assolou o mundo a partir de 2008 foi, para alguns, o golpe definitivo. Ainda que não se compartilhe dessa crença (o nosso caso), a verdade é que os direitos sociais (ou pelo menos a sua extensão) foram colocados em causa pelas políticas de austeridade impostas como medidas para controlar a crise. A marcha em frente passou a ser marcha a ré. Daí a afirmação de José Melo Alexandrino de que a pergunta – se o legislador estaria ou

1 QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais*. Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 1999.

2 Para uma análise comparada dos vários modelos de Estado Social, cf. COCHRANE, Allan; CLARKE, John; GEWIRTZ, Sharon (ed.). *Comparing Welfare States*. 2. ed. London: Sage Publications, 2001.

3 Cf. TRINTIN, Jaime; ROSSONI, Sandra. Os Anos Dourados do Capitalismo. Breve Abordagem Sobre o Crescimento Capitalista. *Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 7, nº 27, p. 49-60, 1999.

4 A citação é do escritor e poeta francês Paul Valéry: “Le problème de notre temps/c'est que le futur n'est plus ce qu'il a été”.

não vinculado por um princípio da vedação do retrocesso social – pode parecer, atualmente, sarcástica⁵.

De todo o modo, é evidente que ninguém gosta de perder direitos ou de tê-los reduzidos. O retrocesso, pois, é sempre uma decisão política complexa e delicada, que dificilmente deixará de enfrentar resistências. Assim, em um mundo em que a judicialização das grandes questões da vida é cada vez mais comum, é natural que os tribunais nacionais sejam chamados a opinar/decidir sobre a tal marcha a ré. Por outro lado, tampouco é estranho ver essa discussão (ou a judicialização dela) sair do plano nacional para o plano internacional, sobretudo na Europa, cujos problemas – e também as soluções – passam por discussões e políticas tomadas não por Estados isoladamente, mas pelo bloco europeu⁶.

Considerando o exposto, a nossa proposta é debater algumas questões relacionadas com a judicialização dos direitos sociais em tempos de crise econômica. Nosso foco, porém, não é (apenas) a judicialização interna (nos Estados), mas a judicialização internacional, designadamente no espaço europeu, bem como o papel que pode e deve ser exercido pelo sistema regional de proteção dos direitos humanos. Faremos isso tendo por base a análise de um caso concreto julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2013, envolvendo dois cidadãos portugueses: “Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal”.

Este ensaio está dividido em três partes. A primeira parte (o nosso “ponto” de partida) é um (breve) esforço de contextualização. Pretende-se demonstrar como o reconhecimento de direitos sociais em documentos internacionais contribuiu para a humanização do direito internacional. Em seguida, escrevemos algumas linhas sobre o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, que, dentre os sistemas regionais existentes, é reconhecido pela doutrina como o mais amadurecido e consolidado, exercendo grande influência sobre os demais⁷. Adicionalmente, tecemos algumas considerações sobre a eficácia dos direitos sociais e a sua

5 ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*. Teoria Geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2011. p. 159.

6 Note-se, desde logo, que o caso que será abordado neste trabalho foi julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), órgão jurisdicional do Conselho da Europa (que possui 47 Estados membros, incluindo os da União Europeia), com sede em Estrasburgo e competência para aplicar a Convenção Europeia de Direitos Humanos. No âmbito específico da União Europeia (que possui 28 Estados membros), existe ainda o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com sede no Luxemburgo e competência para aplicar o direito comunitário. O Conselho da Europa é a mais antiga instituição europeia em funcionamento.

7 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

“progressividade”. Na segunda parte, descrevemos o(s) caso(s) em si, primeiro em Portugal (acórdão nº 353/2012 do Tribunal Constitucional), e, depois, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na sequência, fazemos uma análise comparativa entre as duas decisões, a partir de três eixos básicos: contexto fático, fundamentação “ponderativa” e pragmatismo decisório. Na terceira parte, com a articulação de alguns dos conceitos e informações trabalhados nos tópicos anteriores, pretendemos chegar a algumas conclusões, que, se não são definitivas (e por isso qualificam-se como um “possível” ponto de chegada), apontam para qual, em nossa opinião, deve ser o papel de um tribunal internacional na apreciação do cumprimento de direitos e metas sociais pelos Estados nacionais.

Por fim, antes de entrarmos no desenvolvimento do texto propriamente dito, convém fazer dois esclarecimentos terminológicos:

- 1º) Há na doutrina quem faça a diferenciação entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Em linhas gerais, para quem adota tal distinção, pode-se dizer que: (i) “direitos do homem” remete aos direitos naturais não positivados da tradição jusnaturalista; (ii) “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional; e (iii) “direitos fundamentais” refere-se àqueles positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado⁸.

Neste particular, não cremos que ser essencial o preciosismo terminológico. Contudo, evitaremos o uso do termo “direitos do homem”, por acreditar que ele acentua uma tradição individualista já superada. Quanto aos dois últimos, a distinção é pouco relevante se pensarmos que, cada vez mais, existe um intercâmbio entre as ordens jurídicas nacional e internacional, sobretudo em matéria de direitos humanos – que, para além disso, são tidos por muitos autores como valores supranacionais e supraconstitucionais⁹. Por outro lado, uma categorização entre “direitos humanos fundamentais” e “direitos (apenas) fundamentais” pode fazer sentido se considerarmos a inflação existente em matéria de direitos fundamentais (seja na ordem interna ou na internacional). Tal distinção significaria, assim, o resgate daqueles direitos que são verdadeiramente essenciais à preservação e afirmação da

8 Sobre o assunto: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36-41; e PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010. p. 32-33.

9 Vê. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

dignidade humana¹⁰. Entretanto, feito o registro, não teremos neste trabalho preocupações especiais com essa diferenciação.

2º) Nos diversos textos normativos, há menções ora à expressão analítica “direitos econômicos, sociais e culturais” (como no Título III da Constituição Portuguesa de 1976 e no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966), ora a “direitos sociais” (v.g. o Capítulo II do Título II da Constituição Brasileira de 1988). Usaremos, preferencialmente, o termo sintético “direitos sociais” para nos referirmos aos direitos que, na doutrina, já foram chamados de “os três irmãos” em função da sua proximidade¹¹.

1 O PONTO DE PARTIDA: A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Até meados do século XX, o direito internacional estava atrelado a um rígido conceito de soberania e ao princípio da não-intervenção. Apenas os Estados eram considerados sujeitos de direito internacional. Eventuais violações aos direitos nacionais de cada Estado acabavam sendo encaradas como assuntos domésticos, não ensejando interferência externa. Tal situação foi profundamente alterada após a Segunda Guerra Mundial e o seu histórico de violência e desrespeito à dignidade de seres humanos. O Estado, justamente aquele que deveria proteger os seus cidadãos, emergiu do conflito como o grande violador de direitos. Tornou-se imperativo estabelecer uma nova compreensão acerca da legitimidade (do governo) e da soberania (do Estado), tendo como pedra angular o indivíduo e a sua afirmação como “unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional”¹².

10 Cf., a propósito, Paulo OTERO, para quem “a partir das últimas décadas do século XX, há uma progressiva perda da ‘fundamentalidade’ do conceito de direitos fundamentais, recomendando-se [...] um regresso terminológico à expressão ‘direitos humanos’” (in: OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. v. I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 527).

11 Nomeadamente José Adércio Leite SAMPAIO, que, referindo-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, afirma que são “pouco nítidas as diferenças entre os três irmãos, pois alguns direitos ocupam mais de um corpo. O direito à educação, listado como direito social estrito senso, é também econômico na educação profissional, técnica e mesmo em geral, como instrumento de geração e repartição de riquezas, e é cultural como causa e consequência (in: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 245).

12 MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 393. Norberto BOBBIO, igualmente, afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem “colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, e não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos de direito internacional” (in: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 139). O assunto, porém, não é pacífico. Contra, negando a atribuição de personalidade jurídica internacional aos indivíduos, cf., por exemplo, a posição do ex-juiz da Corte de Haia Francisco RESEK (RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152). Em sentido semelhante, Jorge MIRANDA diz que “[...] relevância jurídica não equivale a personalidade jurídica;

Desse modo, o pós-guerra inaugura uma nova fase do direito internacional, marcada pela reconstrução e pela internacionalização dos direitos humanos, tomados agora como referencial ético a orientar a ordem internacional¹³, ou, em outras palavras, como valor transnacional fundamental¹⁴. Assim é que, em 1945, durante a Conferência de São Francisco, cinquenta países fundam a Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na qual se reafirma a “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana”. Segundo Jónatas Machado, a DUDH é muito significativa por pelo menos três motivos: (i) por assegurar o princípio da universalidade dos direitos humanos; (ii) por se assentar no princípio da unidade de todos os direitos humanos; e (iii) por afirmar a prioridade e a centralidade desses direitos¹⁵.

O direito internacional passa, então, a atuar na promoção dos direitos humanos. Trata-se, como ensina Flávia Piovesan, da humanização do direito internacional pela internacionalização dos direitos humanos¹⁶. A par da DUDH, surge a preocupação, igualmente relevante, com a delineação de um sistema normativo internacional para a proteção e efetivação dos direitos declarados¹⁷. Começam a ser criados os instrumentos regionais de proteção, que, comparativamente aos instrumentos globais, teriam a vantagem de uma maior homogeneidade entre os seus membros, tanto em relação aos aspectos jurídico-políticos quanto culturais¹⁸.

tratamento do indivíduo enquanto tal ou enquanto investido de determinada função não significa, só por si, consideração como sujeito no sentido rigoroso do termo, a par de outros sujeitos” (*Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Cascais: Principia, 2009. p. 212). Registre-se, ainda, a posição intermediária de Wladimir BRITO, considerando o indivíduo sujeito parcial e passivo do Direito Internacional (*Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 470).

13 PIOVESAN, op. cit., p. 45.

14 MACHADO, op. cit., p. 397.

15 Ibidem, p. 401.

16 PIOVESAN, op. cit., p. 43.

17 Como diz BOBBIO: “[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados (op. cit., p.12).

18 MIRANDA, Mariana Almeida Picanço. *Poder Judiciário Brasileiro e a Proteção dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2009. p. 33.

1.1 O reconhecimento dos direitos sociais na esfera internacional

Norberto Bobbio disse que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando podem ou quando devem nascer”¹⁹. Tal entendimento, ao qual aderimos, demonstra que os direitos possuem caráter histórico, isto é, constituem um produto da cultura humana, estando, portanto, em constante evolução.

A conhecida teoria geracional²⁰, que agrupa os direitos em “gerações”, reflete bem essa evolução e o processo histórico de afirmação dos direitos humanos. Em apertada síntese, a primeira geração, surgida no final do século XVIII, compreende os direitos de liberdade, individuais ou negativos (que demandam uma não-atuação do Estado para a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos); a segunda geração, desenvolvida a partir do último quarto do século XIX, abrange os direitos de igualdade ou positivos (que, ao contrário, demandam uma atuação do Estado para propiciar a justiça social); e a terceira geração, tendo como marco o pós-guerra, abarca os direitos de titularidade difusa ou coletiva (como o direito ao meio-ambiente), concebidos não para a proteção do indivíduo isoladamente, mas de grupos ou coletividades. Atualmente, há autores que cogitam de uma quarta e até mesmo de uma quinta geração de direitos, sobre as quais, contudo, não há consenso²¹.

Em que pese a sua fama, obviamente essa teoria não está isenta de críticas. Há, por exemplo, autores que preferem uma classificação geracional um pouco distinta, posicionando as liberdades individuais na primeira, os direitos políticos na segunda e os direitos sociais na terceira geração²². Existe, ainda, quem critique o termo “geração”, pois ele exprimiria um equívoco de linguagem, induzindo o intérprete a pensar em uma sucessão cronológica estanque, com uma geração substituindo a outra - razão pela

19 BOBBIO, op. cit., 06.

20 A versão mais famosa da teoria geracional é atribuída ao professor treco-francês Karol Vasak, que a apresentou em 1979 no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo. Porém, não é propriamente original. Como lembra SAMPAIO, pelo menos trinta anos antes T. H. Marshall já havia feito divisão semelhante (op. cit., p. 241).

21 Sobre o assunto, cf. SAMPAIO, op. cit.; p. 278 e ss.

22 Nesse sentido, PECES-BARBA, Gregorio. Los Derechos Económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Revista de Derecho y Libertades*, n. 6, Año III, febrero de 1998, p. 28 e BOTELHO, Catarina. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – Ou Revisitar as Normas Programáticas* [tese de doutoramento]. Porto, Universidade Católica do Porto, 2015. p. 69. A esses três momentos, José Carlos Vieira de ANDRADE refere-se como “concessão liberal originária”, “o processo de democratização” e “os fenômenos de socialização” (in: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 51-61).

qual seria preferível a expressão “dimensões de direitos fundamentais”²³. Não entraremos no mérito dessas críticas, ainda que fundadas. Importa-nos unicamente deixar claro que os direitos fundamentais são históricos, e, portanto, dinâmicos. Todos os direitos são produtos de suas épocas, não havendo substituição de uma “geração” pela subsequente. Ao revés, os direitos persistem, interagem e se influenciam reciprocamente. Assim são atualizados e adaptados às novas realidades.

Pois bem. Se no século XIX a questão social ganha corpo nos debates político e jurídico (basta lembrar o slogan que encerra enfaticamente o Manifesto Comunista, de 1848: “trabalhadores de todo o mundo, uni-vos!”), a sua inserção definitiva na agenda internacional é mais recente²⁴. Para tanto, contribuíram decisivamente o intervencionismo do(s) Estado(s) na economia de guerra (1914-1918 e 1939-1945), as políticas de recuperação após a Grande Depressão de 1929 e a reconstrução das economias nacionais ao fim da Segunda Guerra Mundial, tendo por base nas propostas intervencionistas de John Maynard Keynes²⁵. Além, é claro, da necessidade de afirmação de uma nova axiologia que, em contraposição aos horrores do nazismo, conjugasse liberdade (real) e igualdade. Afinal, “Hitler impôs aos seres humanos, em seu estado de não-liberdade, um novo imperativo categórico: pensar e agir para que Auschwitz nunca mais se repita, para que nada de semelhante possa se repetir”²⁶.

Nesse contexto, compreende-se que tanto a Carta da ONU como a DUDH já tenham feito menções, implícitas ou explícitas, aos direitos sociais, embora com um alcance limitado²⁷, tendo em vista a sua natureza jurídica não vinculante. Em seguida à adoção da DUDH, foi iniciada uma discussão acerca da melhor maneira de garantir e efetivar os direitos nela previstos. Decidiu-se, então, pela “juridicização” na forma de tratado

23 É a preferência, entre outros, de Paulo BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571) e Ingo Wolfgang SARLET (op. cit., p. 50).

24 Embora, é verdade, alguns direitos sociais já tenham sido debatidos na arena internacional antes. Cf., a propósito: EIDE, Asbjørn. *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina e ROSAS, Allan (ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 45.

25 MACHADO, op. cit., p. 406-407.

26 Trata-se da famosa declaração do filósofo alemão Theodor Adorno.

27 MACHADO, op. cit., p. 407. Veja-se, a propósito, que o artigo XXII da DUDH afirma que toda pessoa tem direito à realização, “pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização dos recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

internacional. Assim é que, em 1966, após um longo período de debates²⁸, foram elaborados dois tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas: o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ainda hoje, a DUDH, o PIDCP e o PIDESC consubstanciam “os três principais elementos que dão sustentação a toda a arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos”²⁹.

Não obstante o PIDCP e o PIDESC sejam instrumentos distintos, as normas de direito internacional e a doutrina vêm reforçando a interligação e a interdependência entre os direitos humanos individuais e sociais (ou entre a liberdade e a igualdade). De fato, não há liberdade na fome, na miséria e na ignorância. Para que o ser humano possa exercer, autonomamente, os seus direitos civis e políticos, precisa ter acesso aos direitos sociais básicos. É possível, ademais, dizer que ambas as gerações/dimensões de direitos humanos convergem para e decorrem da dignidade da pessoa humana³⁰, princípio este que, com razão, já foi definido como a “premissa antropológica do estado Constitucional”³¹, como o “denominador comum a todo o complexo normativo constitucional”³² e como o “dogma de confluência da consciência jurídica universal”³³, entre tantas outras definições que destacam, igualmente, a sua importância.

Portanto, o que se conclui é que nenhuma teoria aceitável dos direitos humanos pode, hoje, excluir do seu âmbito os direitos sociais³⁴. Mas se isso é verdade, também é verdade que, com alguma frequência, os

28 Convém lembrar que era o auge da guerra fria; a polarização entre EUA e URSS muitas vezes fazia o debate sobre a relação direitos individuais/direitos sociais ficar refém de posições ideológicas.

29 ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 24.

30 A esse respeito, diz Jónatas MACHADO que “ambos os direitos podem e devem ser vistos como decorrências universalmente válidas de uma mesma concepção da dignidade da pessoa humana, apontando para entendimento mais amplo da autonomia universal e dos princípios gerais, nela radicados, de liberdade, igualdade e solidariedade (op. cit., p. 403). No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Planos Global, Regional e Local. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, DANIEL (org.). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 703; YOUNG, Katharine YOUNG. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford University Press, 2012, p. 04; EIDE, Asbjørn, op. cit., p. 22.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição do retrocesso*: contributo para uma discussão. RIDB, ano 2, 2013, n° 1, p. 70.

32 BOTELHO, op. cit., p. 31.

33 OTERO, op. cit., p. 561.

34 KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge University Press, p. 28. Para esse autor, “the link between human dignity and adequate housing, health, social security, and education is too obvious to warrant any

direitos sociais ainda são considerados os “parentes pobres” dos direitos humanos³⁵. Em certa medida, para isso contribuiu o fato de o PIDCP impor obrigações imediatas aos Estados, ao passo que o PIDESC impõe apenas obrigações de implementação progressiva dos direitos sociais. Além disso, diferentemente do PIDCP, o mecanismo internacional de proteção do PIDESC permanecia, até pouco tempo atrás, restrito à sistemática dos relatórios, por muitos autores considerada insuficiente³⁶.

Com relação à implementação progressiva, Matthew Craven resume a questão da seguinte forma: se aos Estados é permitido implementar os direitos sociais de maneira progressiva, eles devem fazê-lo utilizando do máximo possível dos seus recursos; do mesmo modo, se houver recursos disponíveis, “there is no excuse for their failure to implement the rights immediately”³⁷. No mais, esse mesmo autor diz que, desde 1985, com a criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC)³⁸, o sistema de relatórios tem evoluído, tendo o Comitê começado a desenvolver uma compreensão mais clara dos direitos previstos no Pacto. Em termos de inovações processuais, o CDESC permite formalmente a participação de ONGs, solicita relatórios ad hoc e envia missões aos Estados com a finalidade de coletar informações. Em termos substanciais, o Comitê já emitiu vários comentários gerais e, em muitas ocasiões, apontou violações por parte dos Estados. Longe de vislumbrar o PIDESC como um instrumento que define meras “aspirações” ou ideais”, o CDESC entende e tem frisado que todos os direitos têm dimensões não-dependentes de recursos, podendo ser capazes de escrutínio judicial. Por outro lado, Craven reconhece que o Comitê “still has some way to go to convince States that the Covenant embodies obligations that need to be taken seriously”³⁹.

discussion – most of these items rank higher on any hierarchy of human needs than many cherished civil rights” (p. 22).

35 MARTINS, Ana Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 175.

36 Cf. Flávia PIOVESAN, op. cit., 2010. p. 709-710.

37 CRAVEN, Matthew. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In: HANSKI, Rajja; SUKSI, Markku (ed.). *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. 2. ed. Institute of Human Rights, 1999. p. 108.

38 O CDESC é órgão das Nações Unidas criado com a finalidade de avaliar o cumprimento do PIDESC. Tem por função principal analisar os relatórios remetidos pelos Estados e emitir orientações, observações finais e observações gerais, embora nenhuma dessas ações tenha efeito vinculante para os Estados.

39 CRAVEN, op. cit., p. 120-121.

Por fim, é relevante registrar que, recentemente, em 05/05/2013, entrou em vigor, após a décima ratificação⁴⁰, o Protocolo Facultativo ao PIDESC. Esse instrumento permite a apresentação de comunicações individuais ao CDESC por violação aos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados no Pacto. Cuida-se, como se vê, de mais uma evolução do sistema internacional de proteção aos direitos humanos sociais, com o objetivo de reforçar a unidade entre todos os direitos humanos. Acentua-se, também, o processo de humanização do direito internacional, mediante a ampliação da capacidade de atuação dos indivíduos.

1.2 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos

Em 1949, após a Segunda Guerra Mundial, foi criado o Conselho da Europa, com o objetivo de unificar o continente europeu após a destruição causada pelo conflito bélico. No âmbito deste Conselho, em 1950, foi adotada a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que teve o mérito de estabelecer um (até então) inédito sistema transnacional de proteção dos direitos humanos. Segundo Jónatas Machado, o ponto forte da CEDH é exatamente a existência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), pois por meio deste órgão os cidadãos europeus signatários da convenção “viram reforçada a sua personalidade jurídica internacional, através da possibilidade de serem titulares de direitos fundamentais internacionalmente consagrados, diretamente aplicáveis e judicialmente exigíveis”⁴¹. A jurisprudência do TEDH tem contribuído para a densificação e concretização dos direitos humanos, influenciando outras cortes internacionais e também tribunais nacionais, dentro do que já foi chamado de transjudicialismo ou judicial dialogue.

No que toca ao catálogo de direitos, a Convenção Europeia compreende, principalmente, direitos civis e políticos, de inspiração liberal e individualista, que, à época, expressavam os valores dominantes e consensuais na Europa Ocidental⁴². De fato, não há na CEDH sequer uma cláusula genérica acerca da proteção dos direitos sociais (como ocorre com a Convenção americana, no seu artigo 26). Os direitos sociais foram consagrados posteriormente na Carta Social Europeia (CSE), que entrou em vigor apenas em 1965, mais de uma década depois da CEDH, tendo

40 Portugal depositou o seu instrumento de ratificação ao Protocolo Facultativo em 28/01/2013. O Brasil, infelizmente, sequer o assinou até hoje.

41 MACHADO, op. cit., p. 421.

42 PIOVESAN, op. cit., 2015. p. 117.

sido revisada em 1996. No entanto, ao contrário da CEDH, a CSE não prevê um mecanismo jurisdicional de proteção, mas sim uma sistemática de apresentação de relatórios, que serão avaliados por um Comitê de Peritos, pelo Comitê Social Governamental e pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. Daí dizer-se que a CSE tem um “um alcance mais político do que jurídico”⁴³.

De todo o modo, a despeito da orientação liberal da CEDH, não se pode dizer que o TEDH não tem apreciado demandas envolvendo direitos sociais. Como relata Flávia Piovesan, a jurisprudência do Tribunal Europeu tem assegurado a proteção de direitos sociais por via indireta, como obrigações positivas derivadas de direitos civis, notadamente do direito à vida, privada e familiar, em conformidade com o artigo 8º da Convenção⁴⁴. Já no caso que veremos a seguir, sob o prisma do direito de propriedade, o TEDH examinou a possibilidade (que, ao final, entendeu não estar presente) de violação ao “conteúdo essencial” do direito à segurança social. Isso só foi possível a partir de uma compreensão unitária dos direitos humanos. Com efeito, há dimensões sociais em direitos individuais e dimensões individuais em direitos sociais, além de todos esses direitos estarem ligados à dignidade da pessoa humana.

1.3 Algumas considerações sobre a eficácia dos direitos sociais

Como se viu nos tópicos precedentes, a evolução do direito internacional caminhou no sentido da sua humanização. No campo dos direitos humanos, a humanização significou não só a atribuição de direitos em si, mas a possibilidade de o indivíduo, diretamente, poder reclamá-los na arena internacional. Adicionalmente, tem-se que hoje não só os direitos individuais podem ser reclamados nessas arenas, mas também os direitos sociais. Tal circunstância reforça a compreensão dos direitos humanos como uma unidade – afinal, a dignidade da pessoa humana exige o cumprimento e a proteção de ambas as dimensões de direitos. Todavia, o fato é que a taxa de efetividade dos direitos sociais ainda é bem mais baixa. Por qual razão?

Em geral, o que se diz é que não há maiores problemas na aplicação direta dos direitos clássicos de liberdade de matriz individual, uma vez que estes podem ser efetivados diretamente pelo Poder Judiciário na base de

43 MACHADO, op. cit., p. 437.

44 PIOVESAN, op. cit., 2015. p. 193.

uma concepção estritamente técnica de direitos⁴⁵. Alega-se, ainda, que a efetivação dos direitos de liberdade não gera custos ao Estado. Por outro lado, afirma-se que os direitos sociais, na medida em que encerram um conjunto de prestações a serem fornecidas pelo Poder Público, demandam a intervenção do legislador ordinário, pois se encontram associados à realização de políticas públicas (saúde, habitação, educação etc.). Com base nesse entendimento, alguns autores chegam a concluir pela eficácia meramente programática e pela impossibilidade de apreciação judicial dos direitos sociais⁴⁶. Acrescente-se que esse argumento é utilizado não só para justificar a impossibilidade de controle pelas autoridades judiciais estaduais, mas também por entidades internacionais, já que os direitos sociais, conforme assinala Ana Guerra Martins, “de um modo geral são difíceis de concretizar na prática, na medida em que dependem, em grande parte, do poder econômico de cada Estado”⁴⁷.

Se não chega a ser apropriado dizer que os direitos de liberdade não geram custos para o Estado⁴⁸, o fato, realmente, é que: (i) os direitos sociais acarretam gastos públicos visíveis a olho nu, identificáveis tanto por quem recebe a prestação quanto por quem dá; (ii) a concretização dos direitos sociais geralmente demanda a intermediação do Estado⁴⁹. Dessas duas premissas, porém, não se pode concluir automaticamente

45 QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 373.

46 SAMPAIO traz uma lista de autores que seguem esse entendimento, procurando refutar um a um os seus argumentos (op. cit., p. 247 e ss.).

47 MARTINS, op. cit., p. 175.

48 De acordo com José Casalta NABAIS: “[...] do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros” (*Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 178.). Sobre o mesmo assunto, cf., também, o clássico estudo de Cass SUSTEIN; Stephen HOLMES: *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

49 Daí a conclusão de Virgílio Afonso da SILVA: “o cerne das liberdades públicas é, portanto, de fato, a exigência de uma abstenção estatal. Enquanto direitos sociais exigem sobretudo prestações estatais” (*Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 243 – com destaques no original). Segundo este autor, o que ocorre é que uma boa parte das condições fáticas, institucionais e legais para uma produção satisfatória ou (quase) plena dos efeitos dos direitos individuais já existe. Por isso, as prestações positivas das liberdades públicas tendem a ser “naturalizadas”. Por exemplo, já existem tribunais eleitorais, polícia, órgãos públicos etc., ou seja, toda uma organização e procedimentos que estão “internalizados” na sociedade e “assimilados” às funções do Estado, tornando os custos das liberdades públicas menos visíveis. Ademais, toda essa estrutura, se é utilizada para a promoção e proteção dos direitos individuais, também é, em boa medida, aproveitada globalmente para a realização de todos os

pela ausência de jusfundamentalidade dos direitos sociais ou por sua total ineficácia. Com efeito, recusar a fundamentalidade dos direitos sociais é ignorar o processo histórico que levou ao reconhecimento desses direitos. Igualmente, sustentar a sua total ineficácia desconsidera todos os esforços levados a cabo pela moderna teoria dos direitos humanos.

Não obstante, a questão dos custos ajuda a compreender o correto sentido da “progressividade” dos direitos sociais, prevista tanto no PIDESC quanto na CSE. A eficácia progressiva traduz, de fato, a necessidade de o Poder Público ter como absoluta prioridade atender as demandas sociais existentes na comunidade (saúde, educação, habitação etc.). Assim, as normas consagradoras de direitos sociais não são normas programáticas se associarmos tal conceito a simples “aspirações” ou “ideais”, isto é, à ausência de qualquer eficácia no plano prático. Como observa Canotilho, existe uma “verdadeira imposição constitucional legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”⁵⁰.

Todavia, a progressividade não pode ser dissociada dos custos dos direitos. Afinal, o Estado não é um “milagreiro” e, de resto, os “direitos não nascem em árvores”⁵¹ (em outras palavras, conforme Sunstein e Holmes: “taking rights seriously means taking scarcity seriously”⁵²). Por essa razão, a progressividade é condicionada e limitada pela expressão “na medida no possível”, ou, simplesmente, pela “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen), tal como foi denominada pela doutrina alemã algumas décadas atrás. Parte-se, pois, da constatação de que os direitos sociais têm um custo muito alto e se sujeitam à capacidade financeira do Estado, uma vez que o direito não pode prescrever o impossível⁵³.

direitos. No caso dos direitos sociais, ao contrário, normalmente os custos costumam ser específicos para um tipo de direito, e as reais condições para o seu exercício têm que ser criadas. E isso custa, custa muito.

50 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478. E também José Carlos Vieira de ANDRADE: “[...] os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas imperativas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (a que chamamos de pretensões) e estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efetivo – constituem, assim, «imposições legiferantes». Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas” (op. cit., p. 363).

51 Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

52 SUNSTEIN; HOLMES, op. cit., p. 94.

53 Não entraremos aqui em maiores digressões teóricas acerca da “reserva do possível” – ficaremos com a noção básica que, para além de ser praticamente intuitiva, resume bem, em nossa opinião, a problemática

Portanto, a tarefa de implementar os direitos sociais não pode ignorar a questão dos custos e da escassez: existem, afinal, recursos escassos e necessidades humanas ilimitadas. Desse modo, sempre existirá a necessidade de serem feitas escolhas alocativas – que, muitas vezes, serão trágicas (as tragic choices de que fala a análise econômica do direito). Essas escolhas (trágicas) normalmente serão (ou deverão ser) orientadas: (i) por critérios técnicos, isto é, a partir de estudos científicos e de avaliações empíricas que indiquem quais as políticas públicas mais eficientes para maximizar o gasto social; e (ii) por critérios democráticos, já que, se não há dinheiro para tudo, nada mais natural que a maioria (ou o poder eleito) escolha onde ele será empregado prioritariamente. Por fim, convém frisar: se a escassez e as consequentes escolhas alocativas fazem parte da vida cotidiana de qualquer sociedade, em tempos de crise a “dramaticidade” das escolhas pode aumentar significativamente.

Ante exposto, fica claro o motivo pelo qual o poder judiciário não é, na maior parte dos casos, o local mais adequado para discussões relativas à implementação dos direitos sociais. Mais ainda (pelas mesmas razões, só que agravadas), percebe-se o porquê da enorme dificuldade em se postular a concretização de direitos sociais nas esferas internacionais.

Entretanto, é preciso existir algum grau de eficácia imediata dos direitos sociais. Do contrário, tendo afirmado a relação intrínseca de tais direitos com a dignidade da pessoa humana, estaríamos admitindo a violação dessa mesma dignidade. É nesse contexto que surge a noção de mínimo existencial como parâmetro que, vinculado à dignidade humana, permite a apreciação e, se preciso, a concretização judicial. Na lição de Jorge Miranda, “há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar, uma reserva de dignidade da pessoa”. Para além disso, continua o professor, “é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização”⁵⁴.

decorrente da relação custo/escassez/efetividade/escolhas alocativas. Para uma apreciação crítica dos conceitos de escassez e da reserva do possível, cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2010.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 430.

2 O CASO: “DA CONCEIÇÃO MATEUS E SANTOS JANUÁRIO VERSUS PORTUGAL”

2.1 A crise econômica e as medidas de austeridade

Em 2008, o mundo mergulhou em uma gravíssima crise econômica, que acabou por atingir brutalmente Portugal. O Governo português viu-se obrigado a tomar uma série de medidas drásticas, muitas das quais relacionadas com a restrição de direitos assegurados pela lei e pela Constituição. Naturalmente, várias dessas medidas foram questionadas e submetidas ao exame do Tribunal Constitucional (TC), gerando o que, em sede doutrinária, chamou-se de “jurisprudência de(a) crise”. Esta teve início com o Acórdão nº 399/2010, ao qual se seguiram os Acórdãos nºs 396/2011, 353/2012, 187/2013, 474/2013, 862/2013, 413/2014, 572/2014 e 574/2014. Tais decisões foram acompanhadas de perto pela grande imprensa e pelo público, seja o especializado (acadêmico e jurídico) ou não. Os debates dividiram opiniões.

De fato, com a evolução da jurisprudência da crise, alguns juristas criticaram o que compreenderam ser um progressivo “estreitamento” do controle feito pelo Tribunal Constitucional⁵⁵. Alegou-se, por exemplo, que, apesar de ter aceito um “direito de crise” nas primeiras decisões⁵⁶, nos acórdãos mais recentes a Corte acabou por invadir o domínio reservado ao legislador⁵⁷, na tentativa de fazer valer uma rígida interpretação da Constituição, em desconsideração ao (complexo) contexto específico⁵⁸. No

55 “O ponto mais discutível da evolução da jurisprudência do TC nos ‘acórdãos da crise’ reside, a nosso ver, no progressivo estreitamento do parâmetro e na intensificação do critério ou padrão de controlo da constitucionalidade, seja o princípio da igualdade (ou a ‘igualdade proporcional’), seja o princípio da proporcionalidade ou o princípio da proteção da confiança, complementando tal intensificação com considerações situadas já no nível de verdadeira política legislativa, e que, portanto, devem situar-se fora da esfera de decisão do TC” (PINTO. Paulo Mota. A Proteção da Confiança na ‘Jurisprudência da Crise’. In: RIBEIRO, Gonçalo e COUTINHO, Luís [org.]. *O Tribunal Constitucional e a Crise*: Ensaios Críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 173).

56 Sustentando a tese de que existe um “direito de crise que demanda uma jurisprudência de crise, cf. URBANO, Maria Benedita. *A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade?* In *O Tribunal Constitucional e a Crise* (cit.) p. 11-48.

57 “A jurisprudência constitucional sobre cortes na função pública denota uma tendência crescente para o TC se imiscuir no domínio dos juízos de prognose que, nos termos de uma concepção funcionalmente adequada da separação de poderes, deveriam ser reservadas ao legislador” (RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Constitucionalismo dos Princípios*. In: *O Tribunal Constitucional e a Crise* (op. cit.), p. 94).

58 “A evolução da jurisprudência constitucional sobre a crise não mantém a mesma linha de rumo, parecendo antes mais preocupada com a reafirmação inequívoca da primazia da Constituição, expressão da soberania do povo português, contra ventos e marés, procurando assim assegurar a todo o custo a plena efetividade da ordem constitucional em tempos de crise. É o discurso de defesa da Constituição – e

meio político, houve mesmo declarações mais exaltadas, como a feita pela deputada Teresa Leal Coelho, do PDS, no o sentido de que “(...) se calhar, temos que ponderar sanções jurídicas para os casos em que os poderes são distribuídos, incluindo ao Tribunal Constitucional, são extravasados”⁵⁹. Obviamente, também não faltou quem defendesse a posição do Tribunal, como Jorge Reis Novais, que chegou a publicar um livro intitulado “Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos”. Para o professor de Lisboa, basicamente, em tempos de crise, a Constituição deve adquirir “uma nova e reforçada aplicabilidade, deve ser aplicada com mais rigor e exigência e o Tribunal Constitucional deve ser, se se pode dizer assim, mais vigilante e guardião dos direitos e garantias nela previstos do que em tempos de normalidade”⁶⁰.

Não analisaremos os detalhes dessa evolução jurisprudencial, o que fugiria ao escopo deste trabalho. Entretanto, o simples registro da polêmica já demonstra como estamos transitando em terreno delicado. A análise feita aqui demandará, apenas, um exame mais detalhado do Acórdão nº 353/2012, pois é o único referenciado na decisão do TEDH. Para além disso (embora também não seja esse o nosso foco), essa decisão do TC pode ser considerada paradigmática por pelo menos dois motivos: (i) sinaliza um ponto de viragem da sua jurisprudência, de um controle mais “fraco” para um mais “forte”⁶¹; (ii) de forma inédita em Portugal, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram limitados para ao futuro. Sigamos.

2.2 A decisão do Tribunal Constitucional de Portugal

Em abril de 2011, em meio ao caos provocado pela crise, Portugal solicitou assistência financeira internacional, a qual, para ser efetivada, implicou a satisfação de uma série de condições prévias por parte das autoridades portuguesas. Tais condições foram acordadas em instrumentos jurídicos assinados pelo Governo Português e pela Troika (Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central Europeu).

sua intocada força normativa – apesar da crise” (MEDEIROS, Rui. *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*. In: *O Tribunal Constitucional e a Crise* (op. cit.), p. 268-269).

59 A declaração é citada por Reis Novais, na abertura do livro “*Em Defesa do Tribunal Constitucional*”.

60 NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 53.

61 MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015. p. 70.

Entre o Governo Português e o FMI foram aprovados um memorando técnico de entendimento e um memorando de políticas econômicas e financeiras, e entre o primeiro e a União Europeia foi aprovado um memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política econômica. Da leitura desses memorandos, resulta que, em função do Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF), Portugal deveria adotar um conjunto de medidas relacionadas com as finanças públicas, a estabilidade financeira e a competitividade, a vigorar durante um período de três anos.

Assim é que, na Lei nº 64-B/2011 (Orçamento do Estado para 2012), previu-se a suspensão total ou parcial do pagamento de subsídios de férias e de Natal para servidores públicos e pensionistas (aposentados e reformados) durante o período de vigência do PAEF. No Relatório do Orçamento do Estado para 2012, tais medidas foram justificadas pelo dever de materializar uma consolidação orçamental que garantisse “a sustentabilidade das contas públicas num contexto de grande exigência, o controle da despesa em todas as áreas da Administração Pública, a monitorização rigorosa dos riscos orçamentais e o cumprimento dos limites definidos no PAEF”. Nesse mesmo relatório foi dito, ainda, que “uma medida como a suspensão dos subsídios de férias e de Natal aos servidores do Estado é ditada pela urgente necessidade de corrigir os desequilíbrios orçamentais e o profundo agravamento das finanças públicas”. Alegou-se, também, que “a adoção destas medidas foi ainda modulada pela preocupação de prevenir uma onerosidade social excessiva” e que, por fim, “não é de facto igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores”, uma vez que os primeiros beneficiam-se de uma série de direitos e garantias qualitativamente superiores, como segurança no emprego e retribuições, em média, superiores às do setor privado.

Porém, não convencidos por esses argumentos, um grupo de deputados da Assembleia de República provocou o Tribunal Constitucional, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 21º e 25º da Lei nº 64-B/2011 (Lei do Orçamento Geral do Estado para 2012), justamente os que previam as aludidas reduções.

O TC, por sua vez, ao fundamentar a sua decisão, reconheceu que “na situação em que o país se encontra e tendo em conta os compromissos internacionais assumidos, essa redução do défice se apresenta como um objetivo prioritário de política econômica e financeira”. Deixou claro, também, que, em um contexto de grave crise, não é “injustificadamente discriminatória” qualquer medida de redução de rendimentos dirigida

apenas a quem recebe verbas públicas. Ainda assim, a maioria do Tribunal considerou que, no caso específico, era “evidente que o tratamento imposto a quem auferia remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa[va] os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”. Acentuou-se que “quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para a satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios”. Com esses argumentos, o TC decidiu declarar a inconstitucionalidade dos artigos 21º e 25º da Lei nº 64-B/2001, com força obrigatória geral, por violação ao princípio da igualdade.

Não obstante, pode-se dizer que, ao final, o Tribunal Constitucional ainda fez uma “concessão” ao Governo Português. E isto porque resolveu modular os efeitos da sua decisão, tendo em vista que a execução orçamental de 2012 já se encontrava em curso avançado. O TC considerou que as consequências da declaração de inconstitucionalidade “(...), sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento [do valor orçamental para ter acesso ao financiamento internacional], pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado”. Assim, em termos práticos, ao determinar que “os efeitos da declaração da inconstitucionalidade não se aplicassem aos subsídios de férias e de Natal relativos ao ano de 2012”, as reduções foram mantidas (apenas) para esse ano.

2.3 A decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Cuida-se, na verdade, de dois processos que foram julgados em conjunto, um movido por António Augusto da Conceição Mateus (62235/12) e outro por Lino Jesus Santos Januário (57725/12) contra Portugal. Ambos os requerentes são pensionistas do setor público e contestaram as reduções em seus benefícios previstas na Lei do Orçamento do Estado para 2012. O primeiro requerente recebe uma pensão mensal de EUR 722,87 e teve uma redução de EUR 551,20 nos subsídios de férias e de Natal, com uma perda acumulada de EUR 1.102,40 em 2012. O segundo requerente recebe uma pensão mensal de EUR 910,92 e teve uma redução de EUR 684,02 nos mesmos subsídios, com uma perda acumulada de EUR 1.368,04 em 2012. Tais perdas alcançaram o montante de 10,8% e 10,7%, respectivamente, de redução na totalidade dos subsídios (incluindo os de férias e o de Natal) percebidos no ano.

Os requerentes não invocaram nenhum artigo particular da CEDH, tendo o TEDH entendido por bem examinar as alegações com base no

artigo 1º do Protocolo nº 1 da Convenção⁶² (direito de propriedade). Para o Tribunal, ainda que tal dispositivo não possa ser interpretado “como se garantisse uma pensão em um determinado montante”⁶³, é legítima a sua utilização como parâmetro de julgamento porque, uma vez prevista na legislação do Estado o pagamento de um benefício específico, a sua “redução ou interrupção pode constituir uma interferência na propriedade que precisa ser justificada”. Além disso, a “interferência com o gozo do direito de propriedade deve possuir um objetivo legítimo de interesse público”.

Em seguida, o TDEH afirmou que “uma ampla margem de apreciação é geralmente permitida ao Estado, no abrigo da Convenção, quando se trata de medidas gerais de política econômica ou social”. Segundo a Corte, em virtude do conhecimento direto da sociedade e das suas necessidades, “as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhores condições que o juiz internacional para apreciar o que é do interesse público por razões sociais ou econômicas”. Por isso, o Tribunal tende a “respeitar a escolha política do legislador nacional, a não ser que seja manifestamente sem fundamento razoável”. Ressaltou-se, portanto, que a margem de apreciação pelos Estados nesses domínios é ampla, mas não é ilimitada. O Tribunal deve estar convencido de que “um ‘justo equilíbrio’ foi atingido entre as exigências do interesse geral da comunidade e as exigências da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo”. É preciso, pois, analisar se o encargo é ou não “desproporcionado e excessivo”. Além disso, especificamente na apreciação da proporcionalidade de medidas tomadas em matéria de pensão, o TDEH frisou ser importante saber se, com a redução do benefício, resultou comprometida a “essência” do direito à segurança social. Também pode ser tido em conta se a redução foi feita para um grupo de pessoas que, originariamente, tinham “um regime especial de pensões vantajoso”. Em suma, para o TDEH, a avaliação deverá variar consoante as circunstâncias específicas do caso e da situação pessoal do requerente; enquanto uma privação total de direitos, resultando na perda de meios de subsistência, em princípio, equivalem a uma violação do direito de propriedade, o mesmo não ocorre com a imposição de uma redução razoável e proporcional.

62 Art. 1º. “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”. “As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”.

63 O original está em inglês. Fizemos uma tradução livre da citação e das demais que a seguem.

Fixadas essas premissas, o TDEH observou que os cortes nos subsídios de férias e de Natal previstos na Lei do Orçamento do Estado para 2012 tinham a intenção de reduzir os gastos públicos e faziam parte de um programa mais amplo, concebido pelas autoridades nacionais e os seus parceiros da União Europeia, “a fim de garantir ao Orçamento português a liquidez necessária no curto prazo, com o objetivo de alcançar a recuperação econômica no médio prazo”. O Tribunal lembrou que, em situação similar (caso “Koufaki e Adedy” versus Grécia), considerou que os cortes na segurança social foram feitos no interesse público, sendo que, no caso grego, não eram medidas transitórias⁶⁴. Ademais, além de limitado no tempo, a redução foi no 13º e 14º subsídios, deixando inalterada a taxa de pensão básica dos 12 meses de 2012. Assim, o TEDH entendeu que “o legislador manteve-se dentro dos limites da sua margem de apreciação”, não cabendo ao Tribunal decidir “se melhores alternativas poderiam ser previstas a fim de reduzir o déficit orçamental do Estado”. Considerando, pois, “a crise econômica e financeira excepcional enfrentada por Portugal na época dos fatos e dado o grau limitado e o efeito temporário da redução dos subsídios de férias e de Natal”, a Corte concluiu que os requerentes não foram submetidos a um encargo desproporcional e excessivo.

64 A fundamentação desse caso (“Koufaki e Adedy vs. Grécia”) é extremamente lacônica, o que nos permite transcrevê-la quase na íntegra: “[...] Two consecutive laws had provided for measures of a permanent and retroactive nature, applied to all public servants indiscriminately, providing for a 20% reduction in their salaries and pensions as well as reductions in other allowances and benefits. The measures introduced by the second law were considered necessary by the legislature because those taken under the first law had proved insufficient to resolve the country's dire economic predicament. In its judgment of 20 February 2012 the Supreme Administrative Court rejected several arguments based on the alleged breach of the principle of proportionality by the disputed measures, considering that the fact that the salary and pension reductions were not purely provisional measures was justified because the aim was not merely to remedy the immediate acute budgetary problem but also to strengthen the country's financial stability in the long term. The Supreme Administrative Court also referred to the Court's case-law concerning reductions in salaries and pensions in several States against the same general backdrop of economic crisis. In addition, it observed that the applicants had not claimed in so many words that their situation had deteriorated to such an extent that their very subsistence was in jeopardy. [...] The Court considered that the reduction of the first applicant's salary from EUR 2,435.83 to EUR 1,885.79 was not such that it risked exposing her to subsistence difficulties incompatible with Article 1 of Protocol No. 1. Regard being had to the above and to the particular climate of economic hardship in which it occurred, the interference in issue could not be considered to have placed an excessive burden on the applicant. As regards the second applicant, the removal of the thirteenth and fourteenth months' pensions had been offset by a one-off bonus. Substitute solutions alone did not make the disputed legislation unjustified. So long as the legislature did not overstep the limits of its margin of appreciation, it was not for the Court to say whether they had chosen the best means of addressing the problem or whether they could have used their power differently.”

2.4 Análise comparativa entre as decisões

Para uma melhor visualização, optamos por dividir a análise comparativa em três partes, com os seguintes assuntos: (i) o contexto atinente à crise econômica; (ii) a fundamentação dos cortes nas pensões de férias e de Natal, considerando os critérios da proporcionalidade e da igualdade; (iii) a decisão pragmática, em diferentes níveis, do TC e do TEDH. Vejamos.

a) O contexto decisório: a “crise econômica”.

O contexto relativo à crise econômica vivida por Portugal foi mencionado pelos dois tribunais⁶⁵. Até aqui, nenhuma surpresa. A menção não significa, obviamente, uma tentativa de subordinar a racionalidade jurídica à lógica (meramente) econômica. Cuida-se, apenas, de reconhecer que existe uma interface entre o direito e a economia, algo que, de resto, torna-se mais explícito em períodos de grande escassez, quando as escolhas alocativas ficam (ainda) mais “trágicas”. Demais disso, o processo interpretativo passa pela articulação entre texto e contexto⁶⁶. Quando o texto a ser interpretado, então, é tão polissêmico e aberto quanto a Constituição, especialmente na sua parte “principiológica”, o contexto é ainda mais importante. Portanto, não se trata de um argumento puramente “economicista” e estranho ao direito, mas sim uma etapa própria do raciocínio jurídico, haja vista que “[...] as condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica são *parte do fenômeno jurídico*”⁶⁷.

a.1) A postura judicial diante do contexto: uma metadecisão necessária.

65 Na chamada “primeira fase” da jurisprudência da crise, o TC já havia levado em conta o argumento relativo à situação “excepcional” do país. Confira-se, por exemplo, o seguinte trecho do Acórdão n° 396/2011: “Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. Outros países da União Europeia vivem problemas semelhantes, com interferências recíprocas, sendo divulgada abundante informação a esse respeito”.

66 Na lição de João LOUREIRO, é preciso “tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leituras de costas voltadas para a realidade” (*Adeus ao Estado Social*, Coimbra: Coimbra, 2010, p. 61).

67 SILVA, op. cit., p. 239 (destaques no original).

Pois bem. O contexto, como avaliado por ambos os tribunais, era de (gravíssima) crise econômica. Tal circunstância, uma vez reconhecida, antes de influenciar a interpretação substancial da Constituição, deve(ria) implicar a adoção de uma determinada postura interpretativa por parte de (qualquer) tribunal. Note-se que a opção por uma ou outra postura é, em si, uma “metadecisão”, isto é, uma “decisão antes da decisão” sobre “como se vai decidir”. Seguindo esse raciocínio, entendemos que o estado de crise econômica demanda uma postura judicial mais “autocontida”, ou mesmo “minimalista”⁶⁸ (dentro do que, nos Estados Unidos, é chamado de “virtude prudencial”). Há pelo menos três fortes motivos para isso:

1º) capacidade institucional – considerando o cenário de incerteza, bem como a complexidade de avaliação das medidas adotadas para controlar a crise, é prudente respeitar a especialização das funções do Estado. Afinal, os juízes não são os agentes públicos tecnicamente mais aptos para vislumbrar possíveis alternativas. Veja-se que o argumento da capacidade institucional foi, por exemplo, expressamente referido no voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral, do TC, na parte em que afirma não lhe parecer que o Tribunal estivesse “em condições de saber da existência efetiva [das] medidas legislativas alternativas que fossem igualmente eficazes para a realização dos fins de interesse público que, constitucionalmente, o legislador estava obrigado a prosseguir e, ao mesmo tempo, menos lesivas dos direitos das pessoas [...]”. Igualmente, o TEDH entendeu que não lhe cabia apontar “se melhores alternativas poderiam ser previstas a fim de reduzir o déficit orçamental do Estado”.

2º) democrático – se o cenário, como se disse, é/era o de (profunda) incerteza e escassez, com escolhas (políticas) alocativas cada vez mais difíceis e excludentes, a legitimidade do poder eleito para fazê-las é maior. Com efeito, como diz Richard Posner, “em tempos de crise, é natural olhar mais para os representantes oficiais eleitos do que para os juízes para escolher a resposta. Esta é a abordagem democrática, bem como a abordagem prática”⁶⁹. Evidentemente, o argumento democrático funciona de maneira diferente para o TC e para o TEDH. Para o TC, significa uma atitude de deferência em relação às decisões dos agentes

68 Cf. SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

69 POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 246.

públicos eleitos em Portugal. Para o TEDH, acarreta o respeito às apreciações feitas pelas autoridades portuguesas (legislativas, executivas ou judiciárias) de acordo com as leis internas do país.

- 3º) integração europeia – uma vez que Portugal decidiu pela integração à União Europeia (ou seja, optou por ser um “Estado cosmopolita”), muitos dos problemas (e as suas respectivas soluções, por óbvio) passam por uma discussão não mais localizada, mas em conjunto com os parceiros europeus – sobretudo quando a “crise econômica” em questão tem efeitos sistêmicos que ameaçam levar à bancarrota uma série de países da zona do euro. Assim é que autores mais europeístas, como Rui Medeiros, chegam a dizer que é a própria Constituição Portuguesa “que não autoriza qualquer espécie de ‘autismo nacionalista e patriótico’ ou uma lógica de ‘insularidade’, impondo, pelo contrário, que a metódica de ponderação se tome em conta a envolvente internacional e europeia”⁷⁰. Dito isto, o argumento tocante aos “compromissos internacionais assumidos” e à “recuperação econômica” foi abordado tanto na decisão do TC quanto do TEDH. No caso do primeiro, se esse argumento não teve peso suficiente para justificar um juízo de não inconstitucionalidade, ao menos a sua consideração, sob um viés nitidamente consequencialista, levou à modulação dos efeitos decisórios.

Em suma, por todo o exposto, o que se recomenda(ria) a ambos os tribunais, sem desconsiderar as especificidades dos juízos nacional e internacional, é uma postura cautelosa, autocontida, que, em última análise, significa um “controle de evidência”⁷¹.

- b) Os fundamentos decisórios: a proporcionalidade (ou não) dos cortes nas pensões.

Não é de hoje que se fala na transição de um modelo jurídico formalista baseado em regras para um modelo aberto baseado em princípios. Segundo muitos autores, cuida-se de uma decorrência da publicização do direito (que mudou o seu eixo fundamental do direito privado para o público), da constitucionalização abrangente e do reconhecimento da força normativa

70 MEDEIROS, op. cit. 2015, p. 89

71 A proposta por um “controle de evidência” foi feita por vários autores no já citado livro coletivo “*O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*”.

dos princípios jurídicos⁷². Assim, generalizou-se na jurisprudência a aplicação do teste da “proporcionalidade” e do critério da “ponderação” para a solução de conflitos jurídicos que envolvem a incidência de princípios e de outras normas consideradas “vagas” – precisamente os casos que são chamados, na doutrina, de “difíceis”. Não faremos, aqui, críticas ao uso em si da proporcionalidade ou da ponderação⁷³. Para todos os efeitos, assumiremos como uma decorrência do modelo “aberto” adotado. Por outro lado, isso não nos impede de reconhecer, desde já, que análises “ponderativas” muitas vezes ficam sujeitas a avaliações que extrapolam a técnica estritamente jurídica⁷⁴. É preciso, pois, cuidado para não cair no puro subjetivismo judicial. Daí a necessidade de uma fundamentação que explicita e justifique a linha de raciocínio seguida até a conclusão.

No caso do TEDH, a linha do raciocínio “ponderativo” é relativamente simples. Foi dito, em linhas gerais, que: (i) o encargo (ou seja, os cortes nas pensões) não poderia ser excessivo ou desproporcional; (ii) entretanto, não houve excesso, uma vez que os requerentes continuaram a receber pensões durante 12 meses, não restando comprometida, assim, a “essência do direito à segurança social”. Além dessa ponderação a respeito da “intensidade” do encargo (comparando interesse individual vs. interesse público), o TEDH fez, ainda, uma ponderação relativa ao princípio da igualdade, em sua dimensão substancial, ao considerar a possibilidade de algum grau de desigualdade de tratamento entre pensionistas do setor público e privado, mormente quando (e era o caso) aqueles possuíam originariamente um regime vantajoso.

No caso do TC, os mesmíssimos fatores foram levados em conta na ponderação. Contudo, o que houve foi uma sensível diferença na atribuição do seu “peso”, em especial no tocante ao princípio da igualdade. Nesse sentido, o Conselheiro relator, após dizer que “a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo proporcionalidade”, em seguida concluiu ser “evidente” que o tratamento diferenciado ultrapassava

72 Cf. PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Consequência no Brasil*: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, 2013, p. 110 e ss.

73 Para uma crítica contundente a respeito da “ponderação”, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 222-223.

74 De acordo com Gonçalo de Almeida RIBEIRO, “[...] quanto mais aberta for a questão, maior é a margem para que os resultados sejam determinados pelas idiossincrasias de quem decide. É isso que explica que nas culturas jurídicas caracterizadas pela descrença relativa nas virtualidades limitativas dos fatores estritamente jurídicos, como é o caso da norte-americana, exista uma rica tradição de debate público sobre as personalidades e mundivências dos juízes e estudos acadêmicos sobre as causas do comportamento judicial” (op. cit., p. 89).

a limitação da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional. Pois se foi evidente para o relator, não foi para o TEDH, nem para os juízes conselheiros que votaram vencidos... Ou seja, a “evidência” não foi “evidente” para todos os magistrados que analisaram a questão. Aí está o risco da técnica da ponderação: o (excesso de) subjetivismo. De nossa parte, também não nos pareceu existir a tal “evidência”⁷⁵. Não concordamos, pois, com a decisão do TC – ao menos no que se refere ao argumento central, ou seja, a violação ao princípio da igualdade proporcional.

c) As conclusões decisórias: a cautela (pragmática) judicial.

Certa vez, o juiz norte-americano Braxton Craven disse que todos os juízes, quer saibam ou não, são orientados pelos resultados das suas decisões. Em suas palavras: “I believe that there are only two kinds of judges at all levels of courts: those who are admittedly (maybe not to the public) result-oriented, and those who are also result-oriented but either do not know it or decline do various purposes to admit it”⁷⁶. Semelhante raciocínio foi feito por José Vicente dos Santos Mendonça, que, em sua tese de doutoramento, chegou a afirmar que “na prática, somos todos pragmáticos”⁷⁷. Será?

Não é o nosso propósito discutir as bases do pragmatismo jurídico, o que demandaria um trabalho de (muito) maior fôlego. Até porque, como reconhece o próprio Richard Posner (o mais “famoso” dos legal pragmatists), não é preciso teorizar sobre o pragmatismo para ser pragmático ou adotar decisões pragmáticas⁷⁸. Sem embargo, para o presente ensaio, consideraremos pragmáticas (ou tendencialmente pragmáticas) as seguintes características: (i) preocupação fundamental com o contexto; (ii) abertura à interdisciplinariedade; (iii) análise consequencialista. As três estão presentes, em maior ou menor medida, nas decisões do TC e do TEDH. Basta ver, por exemplo, que o contexto de crise e o apelo à situação econômica são argumentos bastante utilizados (ou considerados) por ambos os tribunais.

75 Os argumentos para essa conclusão estão nos votos vencidos e na decisão do TEDH. Como já ficou claro ao longo do texto, são, em suma, os seguintes: (i) o contexto de crise econômica; (ii) os compromissos internacionais assumidos pelo governo português; (iii) a não violação ao núcleo essencial do direito à assistência social; (iv) possuírem os servidores públicos vantagens, em termo de regime, em comparação aos da iniciativa privada; e (v) o fato de se tratar de medida temporária.

76 CRAVEN JR., Braxton. Paeen to Pragmatism. *North Carolina Law Review*, n. 50, 1972. p. 977.

77 MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Direito Constitucional Econômico*. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 55.

78 A essência do pragmatismo jurídico de Posner está no já citado livro “*Direito, Pragmatismo e Democracia*”.

Quanto à análise consequencialista (ou, em outras palavras, a “argumentação tendo em vista os resultados”), desde já deixamos claro que não concordamos com a sua associação automática a “decisões judiciais voluntaristas, individualistas e/ou meramente políticas”. São duas as razões: (i) sendo a jurisdição um instrumento para a promoção de direitos, e não um fim em si mesmo, também ela deve ser avaliada pelos resultados que produz e pelas consequências das suas decisões; (ii) o argumento pragmático, quando articulado às claras e sem perder de vista a Constituição (ou seja, sendo informado, mediado e limitado pelos direitos fundamentais – principalmente – e demais normas constitucionais), amplia a capacidade persuasiva da decisão. Portanto, o que deve ser combatido é o chamado “criptoconsequencialismo”⁷⁹, isto é, a prática de fazer manipulações interpretativas com o propósito de mascarar considerações consequencialistas em argumentos supostamente técnicos e formais.

Não é demais repetir: as consequências devem ser avaliadas com as “lentes” dos valores constitucionais. É assim que elas são introduzidas e incorporadas ao raciocínio jurídico, funcionando como argumento juridicamente válido. Na lição do juiz Stephen Breyer, da Suprema Corte norte-americana, os valores constitucionais, uma vez aplicados à análise consequencialista, limitam as possibilidades interpretativas e podem até recomendar a autocontenção⁸⁰. A prática da “virtude prudencial”, já referenciada supra, é, pois, uma atitude pragmática.

No caso do TC, o pragmatismo de viés consequencialista é muito claro na justificativa para se adotar a modulação pro futuro. O único argumento utilizado foi, de fato, relacionado com as consequências da declaração de inconstitucionalidade para a solvabilidade do Estado, haja vista o avanço da execução orçamental de 2012. Na verdade, a própria modulação é, em si, um instrumento essencialmente pragmático, eis que permite ao Tribunal manipular os efeitos da decisão em função dos seus potenciais resultados, ou, na dicção do artigo 282º, nº 4, da Constituição Portuguesa, quando a “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público, que deverá ser fundamentado, o exigirem”⁸¹.

79 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 425.

80 BREYER, Stephen. *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*. New York: Alfred A. Knopf ed., 2005. p. 120.

81 Na lei brasileira há uma disposição ainda mais clara para permitir a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pro futuro. Segundo o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

No caso do TEDH, o pragmatismo está relacionado, sobretudo, com a virtude prudencial refletida na atitude de deferência ao legislador e às demais autoridades nacionais. Realmente, se todo o contexto já recomendava uma postura cautelosa por parte de qualquer juiz, o esforço de autocontenção precisa ser redobrado por parte de um juiz internacional, pois: (i) o tribunal está mais longe dos fatos, o que, por si só, já o torna pouquíssimo habilitado para apreciar as opções orçamentais do Estado português; (ii) o tribunal não é uma quarta “super-instância”, e nem tem condições para sê-lo, como observa Jónatas Machado⁸²; e (iii) o tribunal precisa analisar a “capacidade de absorção” das suas decisões no plano nacional.

Sobre esse último ponto, pensamos que uma decisão em outro sentido seria, possivelmente, vista como uma intromissão indevida em assuntos nacionais, levantando também questionamentos relacionados à soberania. Lembramos, ainda, que as decisões da jurisdição constitucional portuguesa contra as medidas anticrise (na segunda fase da “jurisprudência da crise”) acarretaram uma fortíssima reação de integrantes do Governo de Portugal. Quer-nos parecer que, acaso uma decisão semelhante fosse tomada por uma corte internacional, a reação seria ainda maior. Assim, o TEDH andou bem ao aplicar, na espécie, a “doutrina da margem de apreciação nacional”, cujo substrato, como reconhece Catarina Botelho, é pragmático⁸³.

3 UM (POSSÍVEL) PONTO DE CHEGADA: POR UMA AUTOCONTENÇÃO VIGILANTE

Depois de todo esse percurso, é o momento de chegarmos a algumas conclusões a respeito da pergunta que, desde o início, norteou este ensaio: - qual, afinal, deve ser o papel de um tribunal internacional de direitos humanos na apreciação do cumprimento de direitos sociais pelos Estados nacionais? Entendemos, em síntese, que:

- 1) Os direitos sociais não podem ser ignorados pelos tribunais internacionais. Ignorá-los significaria desprezar todo o esforço e o histórico de luta para o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos. Ademais, as normas de direito internacional e a doutrina vêm reforçando a unidade existente entre os direitos humanos

82 “O TEDH não tem condições institucionais, pessoais, logísticas e funcionais para operar como uma quarta super-instância e substituir-se categoricamente aos órgãos legislativos e jurisdicionais nacionais. Nem esse seria um objetivo materialmente adequado. O tribunal evita transformar-se em instância de facto ao mesmo tempo que respeita as instituições e normas de autogoverno dos Estados” (MACHADO, *op. cit.*, p. 436).

83 BOTELHO, *op. cit.*, p. 440.

fundamentais - compreendendo-se unidade como interligação e interdependência, uma vez que ambas as dimensões de direitos (individuais e sociais) estão intrinsecamente ligados à afirmação da dignidade da pessoa humana. Em benefício do argumento da unidade, cabe notar que o TEDH, no caso aqui estudado (“Da Conceição Mateus e Santos Januário vs. Portugal”), utilizou um dispositivo relativo ao direito de propriedade (previsto no artigo 1º do Protocolo nº 1 da CEDH – o que se compreende, também, pela ausência de força vinculativa da CSE), normalmente considerado um direito de 1ª geração, para analisar um tema relativo à segurança social, tida, em geral, como um direito de 2ª geração. Em suma, os direitos humanos fundamentais, conjuntamente, formam um complexo único que busca a promoção dos valores que dão sentido à dignidade da pessoa humana, designadamente a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

- 2) O reconhecimento da unidade dos direitos humanos não significa, porém, admitir que todos os direitos são submetidos ao mesmo regime e possuem a mesma eficácia jurídica. Isso seria negar a realidade. Há direitos (especialmente os sociais prestacionais) que, para a sua implementação, custam muito financeiramente. Portanto, a eficácia “progressiva” dos direitos sociais está condicionada pela escassez, ou, em outras palavras, pela “medida do possível”, o que torna sua discussão judicial mais complexa (e limitada). Não obstante, existe um conteúdo mínimo, diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, cuja implementação deve ser imediata. Esse mínimo existencial, acaso desrespeitado, enseja controle pelos juízes nacionais e, a depender do caso, também por parte de tribunais internacionais de direitos humanos.
- 3) Um dos aspectos da humanização do direito internacional é o crescimento da possibilidade de os indivíduos reclamarem, diretamente, os seus direitos nas arenas internacionais. Essa possibilidade abarca, atualmente, não só direitos individuais, mas também direitos sociais. Veja-se, a propósito, que, mesmo diante de uma CEDH originariamente inspirada por princípios liberais, o TEDH evoluiu para admitir a possibilidade prática da justiciabilidade de direitos sociais, ainda que eles sejam deduzidos de direitos, em tese, individuais.
- 4) No caso concreto, o TEDH, embora tenha respeitado a decisão das autoridades nacionais, deixou claro que a sua atuação compreende o exame da “proporcionalidade” de medidas restritivas dos direitos sociais. Ou seja, de um lado aplicou corretamente a doutrina da

“margem de apreciação nacional”, fruto de uma postura autocontida justificada pelo contexto e pela natureza das medidas adotadas pelo governo português. De outro lado, mostrou-se “presente”, isto é, não se demitiu da tarefa de, ainda que em linhas (muito) gerais, enunciar parâmetros que devem ser seguidos para a restrição de determinados direitos sociais (nomeadamente a proporcionalidade, a igualdade e o respeito ao “conteúdo essencial” dos direitos).

- 5) Em jeito de conclusão, diríamos, ao final, que o que se espera de um tribunal internacional de direitos humanos, ao menos no que tange aos direitos sociais, é um equilíbrio pragmático: uma postura autocontida, sim, mas também vigilante.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais*. Introdução Geral. 2. ed. Cascais: Principia, 2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise – ou visitar as Normas Programáticas*. Tese de Doutoramento [em publicação/ encaminhado à editora. Versão disponibilizada pela autora]. Porto: Universidade Católica do Porto, 2015.

BREYER, Stephen. *Interpreting our Democratic Constitution*. New York: Alfred A. Knopf, 2005.

BRITO, Wladimir. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

COCHRANE, Allan; CLARKE, John; GEWIRTZ, Sharon (ed.) *Comparing Welfare States*. 2. ed. London: Sage Publications, 2001.

CRAVEN JR., Braxton. Paeon to Pragmatism. In: *North Carolina Law Review*, n. 50, 1972.

CRAVEN, Matthew. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Right. In: Raija Hanski e Markku Suksi (ed.). *An Introduction to the International Protection of Human Rights*. 2. ed. Institute of Human Rights: Åbo Akademi University, 1999.

EIDE, Asbjørn. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. In: Asbjørn Eeide, Catarina Krause e Allan Rosas (ed.). *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: RT, 2010.

KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge University Press, 2012.

LOUREIRO, João. *Adeus ao Estado Social*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MACHADO, Jónatas. *Direito Internacional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

MARTINS, Ana Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional In: Gonçalo Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte, Fórum, 2014.

MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *O Poder Judiciário Brasileiro e a Proteção dos Direitos Humanos*. FGV Direito Rio, 2009.

- MIRANDA, Jorge. *Direito Internacional Público*. 4. ed. Cascais: Principia, 2012.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. v. I. Coimbra: Almedina, 2009 (reimpressão da edição de 2007).
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144. jan./abr. 2013.
- PECES-BARBA, Gregorio. Los Derechos Económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Revista de Derecho y Libertades*, n. 6, Año III, febrero de 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Planos Global, Regional e Local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINTO, Paulo Mota. A Proteção da Confiança na 'Jurisprudência da Crise' In: Gonçalves Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.
- QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional*. As Instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009.
- RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O Constitucionalismo dos Princípios. In: Gonçalo Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição do retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa (RIDB)*, ano 2, n. 1, p. 769-820, 2013.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- _____; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- TRINTIN, Jaime; ROSSONI, Sandra. Os Anos Dourados do Capitalismo. Breve Abordagem Sobre o Crescimento Capitalista. *Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 7, n. 27, p. 49-60, 1999.
- URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? In: Gonçalo Ribeiro e Luís Coutinho (org.). *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- YOUNG, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford University Press, 2012.