



---

*Entrevistas*

---

ENTREVISTA COM O PROFESSOR DR. JORGE MIRANDA - UNIVERSIDADE DE LISBOA. REALIZADA EM LISBOA, EM MAIO DE 2009, PELA PROFA. DRA. LILIAN BALMANT EMERIQUE

O depoimento do Prof. Dr. Jorge Miranda sobre os direitos sociais foi colhido como parte do processo de investigação referente a pesquisa sobre “Neoconstitucionalismo e direitos sociais face aos desafios da globalização”, desenvolvido pela Profa. Dra. Lilian Balmant Emerique no âmbito do programa “Jovens cientistas do nosso Estado” realizado com o fomento da FAPERJ.

No diálogo estabelecido com o Prof. Dr. Jorge Miranda podemos observar algumas revisões de entendimento sobre os direitos sociais e o esclarecimento sobre diferenças de tratamento da matéria na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição Brasileira de 1988.

**Profª Lilian Balmant Emerique:** Entrevista com o Professor Doutor Jorge Miranda, professor da Universidade de Lisboa. Nós vamos conversar a respeito dos direitos sociais. Então, a primeira questão que eu queria trazer para o Professor, para pontuarmos os conceitos e as idéias centrais, é sobre o regime jurídico dos direitos sociais na Constituição portuguesa de 1976.

**Prof. Jorge Miranda:** Muito bem. A Constituição Portuguesa, ao contrário do que acontece com outras constituições, procura não apenas estabelecer um catálogo de direitos fundamentais, mas também estabelecer regimes de direitos fundamentais. Há um regime comum a todos direitos fundamentais e há depois explícitas regras sobre os direitos, liberdades e garantias. Não há explicitamente um regime de direitos econômicos, sociais e culturais. Isso por duas razões. Primeiro, porque quando a Constituição foi feita em 1975/1976, a doutrina sobre direitos sociais ainda era muito embrionária, ao contrário da doutrina sobre direitos de liberdade. Em segundo lugar, a Constituição foi feita logo a seguir ao regime autoritário, negador das liberdades, e perante o risco até de instaurar um novo regime autoritário, e, portanto, a constituinte

preocupou-se, sobretudo, com os direitos de liberdade. No entanto, isso não impediu que a doutrina e a jurisprudência, ao longo destes 33 anos de vigência da Constituição, formulassem alguns princípios a respeito do regime dos direitos sociais. Considerando primeiro os grandes princípios comuns a todos os direitos fundamentais como o princípio da igualdade, o princípio da universalidade, o princípio da tutela da confiança, o princípio da proporcionalidade, o princípio da tutela jurisdicional, o princípio da tutela graciosa, e esses princípios de garantia dos limites materiais, chamados cláusulas pétreas, valem também para os direitos sociais.

E por outro lado, há também o entendimento, mais recente, que mesmo alguns princípios que na Constituição portuguesa aparecem dirigidos para os direitos, liberdades e garantias (regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias) também podem, com maior ou menor adaptação, valer para os direitos sociais. Assim o princípio da vinculatividade das entidades públicas e da vinculatividade das entidades privadas, o princípio da aplicabilidade imediata, o princípio da garantia do conteúdo essencial, a doutrina tem vindo a construir uma elaboração teórica mostrando que embora, em termos, não exatamente iguais aos termos dos direitos, liberdades e garantias, também os direitos sociais poderiam estar sujeitos a estes princípios. Portanto, há um alargamento aos direitos sociais de alguns princípios dos direitos, liberdades e garantias. Finalmente, a doutrina tem vindo a formular alguns princípios específicos dos direitos sociais como da dependência da realidade constitucional, como vezes, diz a reserva econômica do possível, ligação a uma articulação entre o Estado e a sociedade civil, no sentido de nem ser só o Estado nem ser só a sociedade civil a realizar as prestações positivas de que carece a efetivação dos direitos sociais. A idéia da proibição do retrocesso social embora em termos mitigados, não em termos radicais, como numa certa fase se defendeu e, por último, a idéia de que deve haver uma articulação dos custos, de tal maneira que haja, no fundo a visão de que o que é comum, universal, essencial às pessoas deve ser gratuito. O resto deve ser adequado as condições econômicas das pessoas. Portanto são estas as grandes orientações da doutrina e da jurisprudência portuguesa sobre os direitos sociais. O que representa um grande avanço sobre a situação em que nós nos encontrávamos há 33 anos, quando a Constituição entrou em vigor.

**Profª Lilian Balmant Emerique:** E para os dias de hoje, que tipos de pesquisa, atuações e conhecimento devem ser produzidos para que estes direitos sociais alcancem o propósito inicial, quando foram integrados ao texto constitucional.

**Prof. Jorge Miranda:** Bom, tudo isso depende. A fragilidade dos direitos sociais está nessa tal dependência da realidade constitucional, na dependência, que é uma realidade, não apenas econômica, não apenas uma questão de haver ou não haver uma boa situação econômica, boas condições financeiras, mas também está dependente da realidade cultural das mentalidades. Está dependente de haver um apelo administrativo, capaz de efetivar realmente os direitos sociais. E de haver também um Poder Judiciário que dê respostas às demandas da sociedade em caso de violação. Portanto, há aí um conjunto de fatores que estão para além da construção doutrinária e, temos que reconhecer, que hoje estamos numa situação de crise. A época do neoliberalismo parece ter passado, mas estamos numa situação e crise econômica e financeira global que não permite uma completa concretização dos direitos sociais e até, pelo contrário, estamos muitas vezes em verdadeiras situações de necessidade, é um pouco isso em que nos encontramos.

**Profª Lilian Balmant Emerique:** Na sua caracterização, os direitos sociais poderiam ser enfocados como direitos fundamentais na sua integralidade ou haveria alguma restrição a esta designação?

**Prof. Jorge Miranda:** Os direitos sociais são direitos fundamentais e a Constituição Portuguesa vai justamente nesta linha. É também uma das primeiras constituições que claramente diz que os direitos sociais são direitos fundamentais.

Ao contrário de outras que, embora consagrem direitos sociais, os colocam, por exemplo, no caso do Brasil mais na ordem social, ou na Espanha nos princípios retores da ordem econômica e social. Em Portugal, não. São direitos sociais no mesmo plano dos direitos de liberdade. E, portanto,

por isso é que a doutrina tem vindo a afirmar que as normas são normas diretamente aplicáveis. A força normativa da constituição também tem que ver com direitos sociais e é preciso extrair de cada norma constitucional o máximo efeito útil.

**Prof<sup>ª</sup> Lilian Balmant Emerique:** Qual seria atualmente a interpretação mais adequada do princípio da reserva do possível?

**Prof. Jorge Miranda:** A idéia que eu tenho da reserva do possível, eu posso exprimi-la nestas duas frases, que são as seguintes. Tudo aquilo que é possível num certo momento, quer dizer tudo aquilo para o que há recursos, para o que há um aparelho administrativo, para o que há uma preparação na sociedade, para o que há uma sensibilização da sociedade, tudo que é possível é obrigatório. Mas, em contrapartida não pode ser obrigatório aquilo que não é possível. É um pouco isto, portanto, deve ser feito o máximo possível, isso é um pouco redundante, mas deve ser feito o máximo possível para que tudo seja possível. Mas naturalmente há situações que não permitem fazer tudo e nós temos que estar atentos às situações concretas, às conjunturas. Se a situação não permite não pode ser obrigatório. Ou, se quisermos, pode ser obrigatório ainda ao nível da norma, mas ao nível fático já não pode ser. Temos aqui que atender a isto, o direito não pode fazer tudo.

**Prof<sup>ª</sup> Lilian Balmant Emerique:** E a proibição de retrocesso, qual tem sido o entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência portuguesa?

**Prof. Jorge Miranda:** A doutrina tem se dividido, tem havido autores que têm sustentado a doutrina da proibição do retrocesso em termos muito radicais como Gomes Canotilho, principalmente nas suas primeiras obras, e ainda hoje, de certa maneira, Cristina Queiroz. Tem havido outros autores que são contra que não aceitam radicalmente, como Manuel Afonso Vaz e José Alexandrino. E depois há uma maioria de autores, entre os quais eu me

situo, Vieira de Andrade, Jorge Reis Novais e outros que entendem que o princípio da proibição do retrocesso faz sentido, mas tem que ser entendido mitigadamente, tem que ser entendido, em resumo, nesta perspectiva: em primeiro, lugar o princípio da alternância democrática obriga a que as normas sobre direitos sociais sejam normas mais abertas do que as normas sobre direitos de liberdade, mais abertas com mais possibilidade de manobra de liberdade de conformação do legislador. E, portanto, dentro das divisas estabelecidas pelas normas constitucionais o legislador pode concretizar os direitos sociais em termos variáveis. Por exemplo, serviço nacional de saúde, eu penso que a Constituição portuguesa permite tanto o serviço nacional de saúde, fortemente estatizado, embora não ao ponto de excluir a atividade privada, como permite um serviço nacional de saúde mais assente em seguradoras privadas, embora não ao ponto de impedir uma intervenção pública forte.

O mesmo se pode dizer a respeito do ensino, ou a respeito de outras áreas, portanto as normas constitucionais, desde logo, têm permitido uma maior maleabilidade de tal maneira que hoje o legislador faz uma lei e amanhã outro legislador pode alterar. Agora, o que não pode, e aqui é que entra o problema, é o legislador pura e simplesmente nada fazer, caso em que haverá uma inconstitucionalidade por omissão, ou então, depois de ter feito, é apagar aquilo que tenha feito, também aí haverá um caso de inconstitucionalidade por ação, portanto isso não pode fazer, está impedido, pois a proibição do retrocesso vale ao nível normativo. Se as normas constitucionais exigem tornar exequíveis, tornar concretos direitos sociais, não poderá admitir-se que o legislador caia na inércia mais completa. Está obrigado a criar condições para que as normas legislativas venham em complemento às normas constitucionais. Logo, se há condições econômicas, sociais e financeiras que permitem a concretização, o legislador tem a obrigação de legislar. Depois de ter legislado não pode voltar atrás, não pode revogar, pura e simplesmente. Pode alterar. Pode, no limite, em situações de extrema necessidade, suspender normas, julgar e dizer, não, esta norma que atribui determinada prestação a um determinado direito derivado a um direito social não pode ser aplicada, não posso pagar estas pensões porque o Estado não tem dinheiro. Ou então, eu tenho que ponderar, fazer uma ponderação, ver aqui o que é mais ou menos importante na sociedade, para, com os recursos que tenho, permitir, apesar de tudo, que seja garantido um nível de dignidade da pessoa humana, um nível de subsistência, um nível dignificante

de subsistência a que toda pessoa tem direito. Portanto, se há alguns que tem prestações elevadas em certos domínios e outros que têm prestações menos elevadas é evidente, numa situação de necessidade, é preciso dar preferência aos que estão numa situação econômica mais difícil. É razoável que o salário mínimo, por exemplo, não seja afetado, mas que possam ser decretadas restrições em outras áreas relativamente a outros direitos. Por exemplo, também, a questão do ensino. Numa situação de necessidade, pode justificar-se que o ensino público universitário seja pago mais do que tem sido até agora para se poder ir ao encontro do ensino secundário, do ensino pré-primário, que é mais universal e que pode ir ao encontro de necessidades mais amplas do que as necessidades do aluno universitário. Por isso, aqui uma certa ponderação tem que ser feita e aí tem que se admitir uma certa liberdade de conformação do legislador, embora sob o escrutínio, sob a vigilância dos tribunais e particularmente dos tribunais constitucionais.

**Prof<sup>o</sup> Lilian Balmant Emerique:** O professor deve ter conhecimento, como já é sabido, que há um ativismo judicial muito grande no Brasil em torno da questão dos direitos sociais, principalmente no que diz respeito às questões das políticas públicas relacionadas a estes direitos.

O que o senhor pensa a respeito deste ativismo judicial, o que ele tem de positivo, o que há de negativo?

**Prof. Jorge Miranda:** Há “ativismo” e ativismo, posso dizer. Há um ativismo judicial que eu consideraria bom, que é aquele que vai procurar extrair das normas constitucionais o máximo que pode ser extraído das normas constitucionais. E, portanto, tem uma visão ativa do papel do Judiciário na vida coletiva. Mas há também um ativismo que põe em causa o princípio da separação de poderes. Quando o Supremo Tribunal Federal, estou aqui a dizer em abstrato, ou aqui em Portugal o Tribunal Constitucional, assume funções que são próprias do Legislativo, quer de certa maneira, substituir-se ao Legislativo, aí entramos já em um problema. Este ativismo é perigoso para o Estado de Direito, até porque depois o Legislativo é controlado pelo Tribunal Constitucional, ou pelo Supremo Tribunal Federal. Mas quem é que controla o Supremo Tribunal Federal ou o Tribunal Constitucional? O

problema é também um problema de controle, como diziam os latinos: *quid custodiet ipso custodess*, quem guarda os guardas?

**Prof<sup>ª</sup> Lilian Balmant Emerique:** O que vem a ser a concepção de mínimo existencial e como essa relação se congrega com os direitos sociais?

**Prof. Jorge Miranda:** Congrega-se diretamente porque é justamente, aquele conteúdo mínimo indispensável, insuprível, de direitos sociais que tem de ser sempre garantido. Portanto, é o mínimo que podemos dizer que corresponde ao respeito da dignidade da pessoa humana de todo cidadão. Claro está que pode haver variações maiores ou menores de Estado para Estado em função também das condições econômicas etc. Agora, uma qualquer sociedade não pode admitir que um qualquer cidadão seu esteja abaixo deste mínimo. Portanto, é uma condição fundamental para que possa haver garantia de direitos sociais. Os direitos sociais começam aí, depois vai haver sucessivos patamares de mais e mais garantia, mas pelo menos aí.

**Prof<sup>ª</sup> Lilian Balmant Emerique:** Quais são hoje em dia, os principais dilemas que estão associados a idéia de eficácia dos direitos sociais?

**Prof. Jorge Miranda:** Bom, continuam sendo os problemas econômicos e financeiros, porque, durante muito tempo, havia a idéia de que as normas sobre direitos sociais eram normas programáticas, no sentido não de verdadeiras normas jurídicas, mas sim no sentido de proclamações políticas, de metas políticas que os governos iriam realizar ou não. Mas hoje entende-se que são verdadeiras normas jurídicas. Portanto, passou-se já a fase de uma certa degradação no sentido das normas, sobretudo os direitos sociais. Hoje já se entende que as normas de direitos sociais são verdadeiras normas jurídicas, a dificuldade estará, sobretudo no plano econômico. Porque eu penso que hoje o jurista em geral já tem consciência de que as normas sobre direitos fundamentais são verdadeiras normas jurídicas. Portanto, sabe que



tem que trabalhar, embora com estes critérios, que eu há pouco indiquei, também quanto a estes princípios, não confundindo aquilo que é trabalhar com uma norma de direito social com aquilo que é trabalhar com uma norma de direito, liberdade e garantia como uma norma sobre a prisão sem culpa formada, ou da presunção de inocência, são coisas diferentes. Mas sempre dando valor jurídico a estas normas. O problema fundamental é o problema econômico. E depois também o problema da administração pública, haverá administração que realmente seja voltada para este ramo, mas também há o problema da administração burocrática imensa, preguiçosa, sem controle etc.

**Prof<sup>o</sup> Lilian Balmant Emerique:** Muito obrigada, Professor. O doutor tem alguma consideração final a fazer?

**Prof. Jorge Miranda:** Acho que a entrevista focou os aspectos fundamentais à questão dos direitos sociais. E eu só diria ainda uma coisa, que é isto: os direitos sociais são inseparáveis dos direitos, liberdades e garantias e não pode haver realização dos direitos sociais à margem da liberdade, da liberdade política do Estado democrático e, portanto, por mais generosas que sejam as conquistas que queiramos fazer no domínio social, nunca as podemos fazer à custa do Estado de Direito e da democracia, esse é o ponto que acho essencial focar.