

# SÍSIFO NO LIMITE DO IMPONDERÁVEL OU DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES AO PODER REFORMADOR

Fayga Silveira Bedê\*

1 Introdução. 2 Governo dos vivos pelos mortos? Uma primeira aproximação ao problema. 3 *Teoria dos direitos fundamentais*: vale a pena ver de novo. Uma segunda aproximação ao problema. 4 Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem limites materiais ao Poder Constituinte Derivado? 4.1 A posição de Ingo W. Sarlet. 4.2 *Limites materiais*: um clássico. 4.3 *Nossa posição*: os direitos sociais como limites materiais implícitos. 4.3.1 Os direitos fundamentais sociais integram o núcleo identitário da Constituição de 1988? 4.3.2 Os direitos sociais e a proibição de retrocesso social. 5 Considerações finais.

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo o estudo da seguinte hipótese: os direitos fundamentais sociais constituem limites materiais ao Poder Reformador? Procura-se desenvolver uma resposta a este questionamento analisando-se o Poder Constituinte, a Constituição e os Direitos fundamentais. Ao fim do estudo, conclui-se pela intangibilidade dos direitos sociais, tendo em vista que a sua abolição importaria em flagrante *retrocesso social* e em violação da *identidade constitucional*.

## PALAVRAS-CHAVE

Direitos sociais. Limites materiais. Poder Reformador. Intangibilidade. Identidade constitucional. Retrocesso social.

## 1 INTRODUÇÃO

Em meio aos tormentosos problemas sociais, econômicos e políticos que assolam o país em tempos de neoliberalismo, estala no Brasil uma crise que, ao ver de Paulo BONAVIDES, já não consiste em mera *crise constitucional*, posto que, de tão profundo e enraizado o abalo nas instituições democráticas, o que se configura é verdadeira *crise constituinte*.

Teme o ilustre jurista que a crise institucional que assola o país talvez já não possa ser absorvida ou contornada pelo sistema jurídico, debelando-se os seus efeitos através de simples ajustes de natureza pontual operáveis por uma regular intervenção do poder limitado de reforma.

\* Doutoranda em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho pela UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Coordenadora de Pesquisa e Monografia do Curso de Direito da Faculdade CHRISTUS. Professora universitária.

De fato, a considerar que o país tem uma Constituição que já sofreu (até o momento em que este artigo está sendo escrito!) quarenta e sete emendas, passados menos de dezessete anos de sua promulgação; contando, além do mais, com uma série de propostas de emenda que tramitam regularmente no Congresso (cujo teor é, no mais das vezes, manifestamente atentatório de sua natureza *rígida*<sup>1</sup>); acerta Paulo BONAVIDES, ao ponderar que o Brasil atravessa uma *crise constituinte*, por tratar-se de uma crise do *próprio poder constituinte*; que atinge o regime, o sistema de governo, e, de modo geral, todas as instituições democráticas.<sup>2</sup>

Por sua vez, a crise brasileira inscreve-se em um contexto mundial sujeito a variáveis relevantes de natureza hipercomplexificada, tendo em vista que o tradicional arquétipo de soberania nacional vem sofrendo um processo gradativo de entorpecimento, decorrente dos influxos neoliberais, cujas injunções tendem a fragilizar, ainda mais, o incipiente processo democrático no país.

Delineada em linhas gerais a gravidade do quadro, tanto mais delicada se afigura a situação específica dos direitos sociais, econômicos e culturais - naturalmente mais predispostos e suscetíveis às investidas reformistas das maiorias congressuais de ocasião.

Assim, justifica-se a necessidade premente de se examinar qual o regime de proteção de que dispõem os direitos sociais em face da atuação erosiva do Poder Reformador.

Contudo, é complicado pensar num regime de proteção reforçada para os direitos fundamentais sociais, quando se tem em mente que o § 4º do art. 60 da CF-88<sup>3</sup> silenciou a seu respeito, justamente quando o legislador constituinte fincava as chamadas “cláusulas de eternidade”.

Com efeito, ao definir que matérias gozariam da condição de cláusulas pétreas – integrando, de forma inequívoca, o *núcleo duro* da Constituição – o referido dispositivo limitou-se a mencionar, tão só e simplesmente, os direitos fundamentais *individuais*, restando silente quanto aos direitos fundamentais *sociais*; pelo que se impõe a formulação das questões que seguem.

Dentre as exegeses possíveis do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF-88, qual é o tratamento hermenêutico que se afigura mais adequado à construção de uma teoria de eficácia reforçada daqueles direitos fundamentais não-individuais? Podem ser considerados como “cláusulas pétreas”, operando-se uma interpretação ampliativa do referido preceito?

Em caso contrário, seria possível adotar-se o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais configuram-se em autênticos “limites materiais implícitos”, gozando, portanto, do mesmo regime jurídico de proteção reforçada de que usufruem os direitos fundamentais individuais?

Estas questões constituem o epicentro de nossa hipótese de trabalho, de sorte que a busca de suas (possíveis) respostas será o fio condutor de toda a investigação.

## 2 GOVERNO DOS VIVOS PELOS MORTOS? UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

Sob certo ângulo, constitui-se o Poder Constituinte Reformador em uma técnica criada pela constituição para promover os ajustes necessários ao texto constitucional sem que seja necessário convocar o poder constituinte originário <sup>4</sup> a se manifestar a cada nova demanda - o que, obviamente, seria impensável.

Contudo, como bem salientou José Afonso da SILVA, o agente ou sujeito da reforma continua a ser o próprio Poder Constituinte Originário, “que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige”.<sup>5</sup>

De qualquer sorte, a instituição do poder reformador – competente para proceder às atualizações e ajustes que vão se fazendo necessários ao longo do tempo \_ deve-se à superação do mito da imutabilidade constitucional acalentado pelos iluministas do século XVIII.

De fato, para Paulo BONAVIDES, seria verdadeira absurdez propugnar a tese de uma *imutabilidade absoluta* do texto constitucional, o que estaria a colidir com a própria vida:

(...) que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.

Neste sentido, Paulo BONAVIDES relembra célebre passagem da obra de Rousseau - “ Considerações sobre o Governo da Polônia” - em que este declarava ser “contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar”; salientando contudo que a possibilidade de revogar tais leis deveria observar a mesma solenidade empregada no estabelecê-las.<sup>7</sup>

A par de tais considerações, extrai-se que, já não havendo como prosperar o antigo mito da imutabilidade constitucional (apesar dos esforços dos teóricos iluministas), aprouve à dogmática constitucional reconhecer ao povo e à nação o direito de mudar a Constituição reformando-a sempre que a experiência viesse a demonstrar tal necessidade, empregando-se para este fim exclusivamente os meios e procedimentos previstos na própria Constituição. Estava assim formulado o princípio jurídico da reforma constitucional.<sup>8</sup>

Muito embora esteja plenamente superado o mito da imutabilidade *absoluta* do texto constitucional, permanece o problema da rigidez de certos conteúdos que, por opção do constituinte, estariam ao abrigo da ação reformadora do poder derivado.

Ao fincar limites intransponíveis à ação reformadora do poder derivado, passa o poder constituinte originário a se fazer presente durante toda a vigência da Constituição por ele criada, projetando no futuro a permanência do *núcleo duro* dos valores fundantes da nova ordem inaugurada.

Contudo, não se pode deixar de questionar até que ponto a imposição pelo poder constituinte originário de limites à ação reformadora do poder derivado pode ser considerada legítima. Dito de outro modo: ao poder originário é dado erigir certos valores à condição de cláusulas irreformáveis, ainda que estes valores - “petrificados” na constituição - possam vir a se tornar incompatíveis com as realidades fáticas a ela subjacentes?

Atentos a essa questão, os americanos Jefferson e Thomas Paine já pregavam a impossibilidade de os mortos poderem, por intermédio da Constituição, impor sua vontade aos vivos; ao passo que o art. 28 da Constituição Francesa de 1793 estabelecia que “um povo sempre tem o direito de revisar, reformar e alterar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as gerações futuras às suas leis.”<sup>9</sup>

Estas questões estão intrinsecamente ligadas ao problema da *flexibilidade* e da *rigidez* constitucional. É que, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, as questões atinentes a essa matéria não se reconduzem somente à controvérsia de se saber se uma norma constitucional é ou não suscetível de modificação. Na verdade, como alerta CANOTILHO, a dicotomia existente entre flexibilidade e rigidez tem como pano de fundo a

problemática muito mais vasta e complexa que é a da *abertura ao tempo* (Bäumlin) do direito constitucional e do conseqüente *desenvolvimento constitucional* (O-Bryde). O desenvolvimento constitucional significará, precisamente, o compromisso, pleno de sentido, entre a estabilidade e a dinâmica do direito constitucional.<sup>10</sup>

Então, se por um lado, o *direito constitucional aberto ao tempo*<sup>11</sup> se revela “um direito susceptível de alteração formal, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política e social (<< adaptação >> << desenvolvimento constitucional >>”, impedindo que ele permaneça alheio à mudança; por outro lado, “há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas. Nesse sentido se fala da *identidade da constituição* caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável.”<sup>12</sup>

Assim, se por um lado, não se pode deixar de reconhecer certa plausibilidade aos argumentos lançados por Jefferson e Thomas Paine, em sua inquietante colocação de se saber “se os vivos poderiam ser governados pelos mortos”; por outro lado, não se pode descurar que, sendo esta uma questão extremamente delicada, desafia o desenvolvimento de um saber em construção, conferindo-se à Constituição uma *textura aberta* capaz de apreender a realidade<sup>13</sup>, e, ao mesmo tempo, atuar sobre ela.

Assim, se por um lado, não se pode negar o risco de “engessamento” da norma constitucional face à *realidade fluida e irracional* (HESSE); por outro lado, não se pode desconhecer o grave risco em que incorreriam o Estado, o regime e as instituições democráticas ao expor a Constituição aos desvarios reformistas de maiorias congressuais de ocasião, caso se lhe recusassem a proteção do núcleo essencial de suas *decisões políticas fundamentais* (SCHMITT).

Assim, faz-se mister que se busque o adequado equacionamento destas duas variáveis que se antagonizam entre si, a saber, a necessidade de *permanência* e de *mudança* no seio de uma Constituição; pois se é verdade que a imutabilidade *absoluta* da Constituição acarretaria o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em face do inexorável aprofundamento do descompasso entre o seu teor e a realidade social, econômica, política e cultural; não menos certo é que a garantia de certos núcleos essenciais protege a constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias parlamentares.<sup>14</sup>

### 3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: VALE A PENA VER DE NOVO. UMA SEGUNDA APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

Tal como a tessitura de Penélope, que se faz e refaz, revisitando sempre os mesmos pontos, entende-se inafastável a necessidade de se voltar - ainda que em apertada síntese - ao clássico tema da teoria dos direitos fundamentais.

De fato, compreender a forma como os direitos fundamentais em geral se estruturam e desempenham as suas diferentes funções é pressuposto metodológico para se pensar os direitos sociais como limites ao poder reformador.

Com efeito, voltar aos velhos temas não implica necessariamente em chover no molhado, pois, como já apontava GADAMER em suas inesquecíveis lições, o processo cognitivo-interpretativo acontece em espiral, quando o sujeito cognoscente projeta as suas pré-compreensões sobre o objeto cognoscível, para, em seguida, ver-se afetado por esse mesmo objeto que, por seu turno, impõe limites objetivamente considerados ao sujeito. O que possibilita ao intérprete reformular as suas pré-compreensões iniciais acerca do referido objeto, revisitando-o a partir de um novo grau de compreensão, em um movimento contínuo de mútua implicação.<sup>15</sup>

Assim, voltando-se ao modelo adotado por Robert ALEXY, tem-se que os direitos fundamentais encontram assento sob uma tríplice estrutura, podendo se manifestar sob a forma de *direitos a algo*; *liberdades* e *competências*.<sup>16</sup>

Os *direitos a algo* estruturam-se através de normas consagradoras de um direito subjetivo. De acordo com a lição de CANOTILHO, “Diz-se que uma norma garante um *direito subjetivo* quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o <<direito>> a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto.”<sup>17</sup>

Assim, o direito subjetivo assegurado pela norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação tríade, firmada entre o titular do direito, o obrigado (destinatário da obrigação correspondente) e a pretensão (objeto do direito). Assim, tomando-se o clássico exemplo do direito à vida: se por um lado o indivíduo tem em face do Estado o *direito* de que este não o mate; por outro lado, ao Estado incumbe o *dever* de se abster de praticar atos atentatórios contra a vida do indivíduo, bem como de zelar para que outros indivíduos não o façam.<sup>18</sup>

Os *direitos a algo* sub-dividem-se em: *direitos a ações negativas* e *direitos a ações positivas*.

Os *direitos a ações negativas* caracterizam-se como típicos *direitos de defesa*, cujo objeto diz respeito a uma pretensão de cunho negativo. Têm como escopo tutelar a chamada esfera de liberdade individual e podem ser perspectivados sob três enfoques: (i) direito de que o Estado não obstaculize o indivíduo de exercer um direito seu, tal como, por exemplo, o direito de livre manifestação de pensamento sem que o Estado oponha qualquer empecilho ou restrição ao seu exercício; (ii) direito de não-intervenção em situações jurídico-subjetivas, como, ilustrativamente, a proibição de violação de correspondência ou de invasão de domicílio; (iii) direito de não-eliminação de posições jurídico-subjetivas, ou seja, o direito de não eliminação de institutos jurídicos garantidos como direitos fundamentais, servindo de exemplo o direito à não eliminação do instituto jurídico do casamento, de forma a não impedir alguém de vir a se casar, ou ainda, o direito à não abolição da propriedade privada, de forma a não obstar alguém de transmitir seus bens em vida ou por morte.<sup>19</sup>

Dos exemplos colacionados, pode-se inferir que os *direitos a ações negativas* insurgem-se, indistintamente, contra a generalidade de situações que impedem o exercício de um direito, seja no plano fático, seja no plano normativo. Em vista disso, ALEXY preceitua que pode haver um *impedimento de conteúdo fático* (v.g., o Estado detém um indivíduo, impedindo o seu direito de livre locomoção) ou de *conteúdo normativo* (o Estado edita uma norma restritiva do direito de locomoção deste indivíduo).<sup>20</sup>

Por outra feita, os *direitos a algo* também podem se manifestar sob a forma de *direitos a ações positivas*, direitos estes, materializados na pretensão

de uma atuação positiva por parte do Estado, a qual pode se configurar sob a forma de uma prestação de natureza fática ou de natureza normativa.<sup>21</sup>

O direito a uma *ação positiva de conteúdo fático* traduz-se no direito a uma prestação material, tal como, exemplificativamente, o direito ao fornecimento do ensino público fundamental, assistência médica, etc. Ao passo que o direito a uma *ação positiva de conteúdo normativo* diz respeito a uma dada situação em que a edição de uma norma se afigura imprescindível à proteção de um bem jurídico determinado. Assim, conclui-se que o *direito à ação positiva de conteúdo normativo* do indivíduo corresponde a um *dever de legislar* para o Estado.<sup>22</sup>

Uma outra posição jurídica fundamental - integrante da tríplice estrutura dos direitos fundamentais, tal como concebida por ALEXY - reside na categoria das *liberdades*.

Para ALEXY, a *liberdade jurídica* que assume a relevância de *liberdade fundamental*, é aquela que se encontra protegida explicitamente por uma norma constitucional. Assim, a partir de sua concepção de *liberdade protegida* - ou seja, liberdade protegida por uma norma constitucional que garante expressamente a posição jurídica do indivíduo - pretende o autor, a superação do velho paradigma juscivilista de que, para que uma conduta seja permitida (liberada), é bastante que não esteja proibida nem obrigada por lei. ALEXY vem chamar a atenção justamente para o fato de que, se esta posição de liberdade não estiver salvaguardada de forma expressa por norma constitucional, ela estará sujeita a ulterior restrição ou supressão, bastando para isto que sobrevenha uma legislação infraconstitucional cujo teor proíba ou obrigue a referida conduta.<sup>23</sup>

O outro aspecto que está a merecer destaque, no que concerne à categoria das *liberdades*; é a necessária compreensão daquilo que lhe diferencia do *direito a ações negativas*. Veja-se que ambas se caracterizam como posições jurídicas fundamentais subjetivas de natureza defensiva. A nota distinguidora entre as duas reside no caráter de alternatividade de comportamento que possuem as *liberdades*.<sup>24</sup> Com efeito, as *liberdades* - ao contrário dos *direitos a ações negativas* - ensejam sempre uma *possibilidade de escolha* de um comportamento: ou seja, "o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre <<viver ou morrer>>)." <sup>25</sup>

Como última categoria do modelo concebido por ALEXY, têm-se as *competências*. As normas que se apresentam sob esta forma não visam permitir, proibir ou ordenar uma conduta, mas tão somente, atribuir uma competência. Por isto, diz-se que não se tratam de normas de comportamento, mas de estrutura. Assim, as *competências* conferem poderes aos indivíduos para que estes pratiquem determinados atos, e, por conseguinte, alterem determinadas posições jurídicas. O exercício destas competências se conexas intimamente com o exercício dos direitos fundamentais; assim, por exemplo, o

direito de contrair casamento está intrinsecamente ligado à competência para a consecução dos atos jurídicos necessários à sua celebração.<sup>26</sup>

Partindo-se da proposta de estruturação das normas de direito fundamental concebida por ALEXY, pode-se admitir que os direitos fundamentais se subdividem em dois grandes grupos quanto à função por eles desempenhada: *direitos de defesa* e *direitos de prestação*.

Os *direitos de defesa* podem ser perspectivados por um duplo viés: de um lado, implicam no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (como exemplo desta esfera de liberdade positiva, pode-se citar o direito de expressar livremente o próprio pensamento através dos meios disponíveis); de outro, traduzem-se no poder de “exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos” (segundo-se o mesmo exemplo, a esfera de liberdade negativa consistiria no direito de se expressar livremente sem sofrer restrições ou impedimentos por parte dos poderes públicos).<sup>27</sup>

Os direitos fundamentais de cunho prestacional estão relacionados à *pretensão* de obter perante o Estado o fornecimento de uma *prestação*, pressupondo-se a atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos. CANOTILHO diferencia os *direitos originários a prestações* e *direitos derivados a prestações*. Os *direitos originários a prestações* estariam relacionados à garantia constitucional de certos direitos, em face dos quais o Estado estaria obrigado a criar os pressupostos materiais indispensáveis ao seu efetivo exercício, sendo facultado aos cidadãos exigir de forma imediata prestações constitutivas desses direitos. Por outro lado, os *direitos derivados a prestações* estariam radicados em garantias já existentes, ou seja, à medida que o Estado viesse a concretizar os direitos a prestações previstos na Constituição, configurar-se-ia para os cidadãos o direito subjetivo de exigir e obter perante o Estado o regular fornecimento de sua *igual quota-parte*. Assim, para CANOTILHO

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de <<guarda de flanco>> (J. P. Müller) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles beneficiam da natureza de direitos justiciáveis, permitindo aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização que os direitos fundamentais tenham adquirido. Neste sentido se fala também de *cláusulas de proibição de evolução reaccionária* ou de *retrocesso social* (ex.: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente <<retornando sobre seus passos>>; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador revogar este direito).<sup>28</sup>

Esta distinção efetuada por CANOTILHO é reconduzível ao objeto central desta análise, que consiste em saber qual o grau de intangibilidade que se pode imputar aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Indene de dúvidas que, numa ambiência capitalista de contornos neoliberais, as conquistas sociais erigidas sob a égide do *Welfare State* encontram-se em rota de colisão com os padrões de acumulação de riqueza da nova ordem mundial, cuja agenda tem assento nas seguintes pautas: transnacionalização de mercados, mundialização das economias, reorganização do processo produtivo, revolução da indústria tecnológica, homogeneização do consumo, desterritorialização das decisões políticas e entorpecimento gradativo das soberanias.<sup>29</sup>

Com efeito, o mercado da aldeia global demanda produtos não massificados que apresentem elevada qualidade a preços baixos; exigência que requer redução de impostos e de custos com o fator trabalho; em síntese, a nova lógica de acumulação capitalista requer um Estado mínimo que não interfira na economia, nem no mercado de trabalho.

Assim, não é difícil justificar a necessidade de se pensar uma teórica que se revele *constitucionalmente adequada* à proteção de conteúdos materiais que, pela sua própria natureza, estão mais suscetíveis às injunções dejuridicizantes da política econômica.

É o que se pretende analisar no tópico subsequente.

## 4 OS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS CONSTITUEM LIMITES MATERIAIS AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO?

### 4.1 A posição de Ingo W. Sarlet

Dentre as correntes doutrinárias que advogam a tese de uma virtual intangibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, chama-se a atenção para a posição adotada por Ingo SARLET. Para o ilustre autor, o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF-88 reclama uma interpretação ampliativa. Resta ali consignado que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir “direitos e garantias *individuais*”.

De acordo com o entendimento do autor, o Constituinte disse menos do que deveria, devendo o dispositivo ser lido de forma a compreender no âmbito de sua proteção *todos os direitos fundamentais* - e não somente os direitos e garantias *individuais*.

Em prol desta tese, SARLET empreende um sofisticado esforço interpretativo, cujos principais argumentos são trazidos à colação, em apertada síntese:

1. Interpretar restritivamente o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF-88, sustentando-se que somente os direitos e garantias individuais (art.5º) constituem-se em cláusulas pétreas, implica em deixar ao desabrigo da proteção outorgada por esta norma não somente os direitos sociais (arts.6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts.12 e 13), bem como os direitos políticos (arts.14 a 17).
2. Por uma questão de coerência, nem mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) - constantes no rol do art.5º da CF-88 - poderiam ser considerados cláusula pétrea.
3. Ainda de acordo com uma interpretação restritiva, ficariam de fora desta proteção até mesmo os direitos sociais não-prestacionais (liberdades sociais), cuja indiscutível natureza de direitos de *defesa* os equipara, em linha de princípio, aos *direitos de liberdade negativa* constantes no rol do art.5º da CF-88 (v.g. o direito social de liberdade sindical).<sup>30</sup>

Em que pese a plausibilidade dos argumentos levantados por Ingo SARLET, algumas considerações se fazem necessárias. A despeito do reconhecimento de que a técnica utilizada pelo Constituinte ao redigir o inciso IV, do § 4º do art. 60, foi inegavelmente defeituosa, ensejando-se diversas aporias em razão desta atecnia (constatadas, aliás, com muita perspicácia pelo eminente autor gaúcho); discorda-se no presente trabalho da solução apontada pelo autor, pelas razões oportunamente expendidas.

#### 4.2 Limites materiais: um clássico

É pacífico entre nós que ao Poder Constituinte Derivado cumpre o mister de alterar a constituição sempre que se fizer necessário, salientando-se que as eventuais alterações devem observar determinados limites, fora dos quais a reforma - seja por via de emenda, seja por revisão - é inconstitucional, estando sujeita aos mecanismos próprios de controle de constitucionalidade.

As controvérsias recaem, no entanto, acerca da fixação desses limites. Na presente análise interessa-nos mais proximamente as limitações *materiais*, uma vez que os limites *temporais* e *circunstanciais* refogem inteiramente ao âmbito de interesse da pesquisa.

Os limites ditos *materiais* constituem-se - na expressão de Bonavides<sup>31</sup> - em “técnica restritiva de intangibilidade absoluta de uma parte do texto constitucional”, de que se vale o Poder Constituinte Originário para excluir determinadas matérias e conteúdos da incidência da ação reformadora do Poder Derivado.

Trata-se de técnica de auto-tutela constitucional, pela qual se distinguem as matérias vocacionadas para a *eternidade* (“cláusulas de eternida-

de”), daquelas voltadas apenas para a mera *estabilidade*. Em outros termos: as matérias constantes nas cláusulas pétreas (§ 4º do art.60 da CF-88) são subtraídas ao poder reformador do Congresso Nacional, sendo insuscetível de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a aboli-las. As demais matérias constitucionais - acerca das quais o Constituinte não exigiu expressa ou implicitamente a sua imutabilidade - estão à mercê do Poder Constituinte Derivado, desde que obedecidos os procedimentos reformadores mais dificultosos que os exigidos para as leis complementares e ordinárias. Assim, o Poder Originário nega ao Poder Derivado a possibilidade de modificar os “princípios eternos”, mas lhe habilita a rever (se for o caso) os “princípios estáveis” - recusando-lhe, contudo, a possibilidade de delegar essa competência ao poder legislativo ordinário!<sup>32</sup>

Cumpre ressaltar, ainda, a teor do *caput* do art. 60, que a Constituição não se limita a proibir a discussão<sup>33</sup> de emenda que de fato proponha a abolição das cláusulas pétreas. A Constituição chega a proibir até mesmo

a discussão de emenda tendente àquela abolição. E é claro que por tendência há de se entender a vocação, a propensão, a inclinação, a potencialidade e tudo o mais que sinalize um risco, uma possibilidade ainda que transversa, mesmo que diferida, de se perpetrar a supressão (...)<sup>34</sup>

das matérias ali enfeixadas.

Importa consignar acerca da importância do papel desempenhado pelos limites materiais, que estes se prestam à preservação das *decisões fundamentais* do constituinte, as quais, afastadas da incidência da ação reformadora do poder derivado, asseguram a perpetuidade do *núcleo duro* da Constituição, que passa a vigorar no futuro, conforme a precisa lição de Ingo SARLET:

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por trás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração. No fundo, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional e de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das gerações futuras às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.<sup>35</sup>

A par de tais considerações, importa referir que a doutrina majoritária registra - para além dos limites materiais *explícitos* (cláusulas pétreas) - a existência de verdadeiros limites materiais *implícitos*. Os limites *implícitos* cumprem uma função protetiva da Constituição, através de uma dúlice dimensão: (i) protegem a Constituição, de forma mais imediata, na medida em que consubstanciam princípios estruturais que - concernentes à identidade constitucional - não podem ser reformados em seu núcleo essencial, sob pena de dessubstancialização da própria Constituição; (ii) protegem, ainda, a Constituição, de forma indireta, na medida em que exercem um papel de *guarda de flanco* das cláusulas pétreas - contribuindo para impedir a erosão dos próprios “limites materiais *expressos*”.

Com efeito, se os limites *explícitos* determinam a intangibilidade das matérias expressamente protegidas pelas cláusulas pétreas; os limites *implícitos* vedam ao Poder Derivado o direito de dispor das próprias *cláusulas pétreas*!

Não fosse assim, bastaria que o Poder Derivado deliberasse pela supressão pura e simples do próprio art.60 da CF-88, para que já não houvesse mais qualquer freio à sua atuação, operando-se a conversão da constituição rígida em flexível. Por óbvio, que se trataria de verdadeiro *non sense*, pois ao poder reformador não é dado imiscuir-se nas normas definidoras dos limites de sua competência, tal como consignadas pelo poder originário, sob pena de guindar-se, ele mesmo, à condição de um novo poder originário!<sup>36</sup>

Muito embora haja um forte grau de consenso acerca da existência dos limites implícitos - tese que remonta à clássica lição de Nelson de Sousa Sampaio - o mesmo não se pode afirmar em relação à possível identificação das matérias albergadas por este regime de proteção reforçada. Para o referido autor, poderiam ser citados como exemplos de *limites imanes*: a) a matéria de direitos fundamentais; b) as matérias concernentes ao titular do poder constituinte (não seria admissível que o poder derivado pudesse modificar o titular do próprio poder que o criou); c) as matérias relativas ao titular do poder reformador (o poder derivado não poderia modificar a titularidade de seu próprio poder, já que ela lhe foi outorgada pela vontade do constituinte originário); d) as matérias relativas ao processo da própria emenda, a não ser que fosse para dificultá-lo ainda mais.<sup>37</sup>

Carl SCHMITT, por seu turno, busca fornecer um critério capaz de nortear esta investigação, consistente em se tentar identificar quais são as *decisões fundamentais* do constituinte cuja abolição importaria no próprio esvaziamento da identidade constitucional. Perquirindo-se de uma matéria cuja modificação viesse a implicar na alteração da essência mesma da Constituição, estar-se-ia, então, diante de um autêntico *limite implícito*, devendo-se concluir pela sua intangibilidade.<sup>38</sup>

Muito embora os limites materiais “implícitos”, “imanes” ou “não-escritos” não estejam elencados expressamente no rol das “cláusulas pétreas”,

reclamam para si a mesma “proteção jurídica reforçada” que se outorga às “cláusulas de eternidade” (constantes no art. 60, § 4º da CF-88). Esta exigência se deve ao fato de que a supressão de tais matérias implicaria, por via oblíqua, no esvaziamento da identidade constitucional, operando-se o fenômeno a que alguns autores designam expressivamente de *fraude à Constituição* (transmutação *silenciosa* de uma constituição em outra, por meio da alteração de seus limites materiais).<sup>39</sup>

Por fim, importa esclarecer, com arrimo nas lições de Ingo SARLET, que as cláusulas pétreas (explícitas ou implícitas) de uma Constituição não pretendem a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados. De sorte que as cláusulas pétreas contêm, na verdade, a proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais. “Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção”.<sup>40</sup>

Assim, o que se postula é a proteção do *núcleo essencial* do princípio em questão. Nada obsta a regulamentação, alteração ou até mesmo a sua restrição (desde que preservado o seu conteúdo essencial). Este núcleo diz respeito à essência do bem ou direito protegido (excluídos os seus elementos circunstanciais) constituindo-se “daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura”.<sup>41</sup>

F. NOVELLI, por sua vez, - citado por Ingo SARLET - aduz que se deve entender por *núcleo essencial*<sup>42</sup> de um bem ou direito aqueles elementos que constituem a “própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição.”<sup>43</sup>

Estas considerações servem para subsidiar o enfrentamento de uma questão mais complexa, a saber: os direitos sociais, econômicos e culturais podem ser considerados como cláusulas pétreas, numa interpretação ampliativa do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF-88 - tal como pretende Ingo SARLET? Não sendo possível concordar com essa tese, como se poderia enquadrá-los?

São as questões a seguir formuladas.

### 4.3 Nossa posição: os direitos sociais como limites materiais implícitos

No quadrante da teoria dos limites materiais (em sede do direito constitucional positivo pátrio), uma das questões mais instigantes é sem dúvida o problema referente à abrangência e à intensidade de proteção que se pode outorgar àqueles direitos fundamentais cuja menção não restou expressa-

mente consignada pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da CF-88 (repise-se que o referido dispositivo menciona apenas os “direitos e garantias *individuais*”).

Questiona-se, por conseguinte, se as demais categorias de direitos fundamentais - direitos coletivos, sociais, econômicos, culturais, entre outros contemplados pela Constituição - estariam ao abrigo da “atuação erosiva” do Poder Constituinte Derivado, dispondo de eficácia jurídica reforçada assim como os direitos e garantias *individuais*.

Neste passo, assume especial relevo a formulação das seguintes questões: dentre as exegeses possíveis do § 4º do art. 60 da CF-88, qual é o tratamento hermenêutico que se afigura mais adequado à construção de uma teoria de eficácia reforçada daqueles direitos fundamentais não-individuais? Podem ser considerados cláusulas pétreas” aplicando-se-lhe uma interpretação ampliativa do referido preceito, como quer Ingo Sarlet? Em caso contrário, seria possível adotar-se o entendimento no sentido de que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais configuram-se em autênticos “limites materiais implícitos”?

Sabe-se que existem duas espécies de limites materiais ao poder de reforma, as quais podem se manifestar sob a forma de cláusulas pétreas (limites materiais *explícitos*) ou sob a forma de limites materiais *implícitos*. Entende a melhor doutrina que esta última espécie de limitação ao poder reformador goza do mesmo regime jurídico de proteção reforçada que se confere às cláusulas pétreas (sendo este, aliás, o entendimento do próprio SARLET).<sup>44</sup> Que as matérias agasalhadas pela Constituição sob a forma de limites *implícitos* gozam de igual proteção frente às cláusulas pétreas parece indiscutível; sua desvantagem inequívoca reside no fato de que se exige um maior esforço interpretativo quanto à sua delimitação.

Pois bem! Considerando-se que as matérias protegidas por esta cláusula implícita de intangibilidade dizem respeito àquele núcleo inalterável da Constituição que - muito embora não tenha constado expressamente no art. 60, § 4º, inciso IV, - não pode ser objeto de restrição ou supressão (em seus aspectos essenciais) pelo Poder Constituinte Reformador, sob pena de esvaziamento da própria *identidade constitucional*; parece insofismável concluir - ainda que por uma atecnia do Constituinte - que os “direitos e garantias *individuais*” são considerados cláusulas pétreas, isto é, limites materiais **expressos**, porque constaram **expressamente** sob esta qualificação (cf. art. 60, § 4º, inciso IV); ao mesmo passo em que os demais direitos fundamentais - cuja menção ficou apenas **implícita** - configuram-se, por óbvio, em limites materiais **implícitos**. Assim, a despeito da inegável sofisticação dos argumentos em contrário; tudo leva a crer que estes caminham contra as evidências.

De todo o exposto, resulta que os direitos sociais, econômicos e culturais - objeto central desta investigação - não podem ser qualificados como “limites materiais *expressos*”, uma vez que, não custa repisar, não foram *expressamente* erigidos a essa condição.

Assim, resta perquirir se referidos direitos estariam salvaguardados da atuação reformadora do Poder Constituinte Derivado na condição de limites materiais *implícitos*.

É o que se passará a investigar.

O problema da localização dos limites implícitos está intrinsecamente ligado à questão da identidade constitucional. O que, por sua vez, remete à clássica taxionomia formulada por Carl SCHMITT, a quem coube distinguir, de um lado, a “constituição” - enquanto conjunto de decisões políticas fundamentais - e, de outro, todas as demais “leis constitucionais”.

Para o constitucionalista alemão, a “Constituição” seria a *decisão política fundamental* sobre o modo e a forma de ser da unidade política, isto é, a unidade de valores existenciais que se constituem na essência do modo de ser de um povo; ao passo que as “leis constitucionais” consubstanciariam uma órbita de valor relativo, estando sujeitas à alteração, desde que observados os procedimentos agravados de reforma.

Assim, para esse autor, a “Constituição” - na qualidade de decisão política fundamental - não seria passível de reforma; constituindo-se, portanto, em núcleo intangível, por traduzir os valores essenciais daquela unidade política.<sup>45</sup>

Note-se que a idéia desenvolvida por Schmitt sobre a existência de um núcleo duro (intangível) - ao qual ele chamou “Constituição” - assume particular relevância ao se enfrentar o problema da proteção dos limites materiais implícitos, como forma de preservação da própria identidade da Constituição.

Com efeito, o Princípio da Inalterabilidade da Identidade Constitucional é tributário da tese de que há na Constituição determinadas *decisões*, tomadas pelo Poder Constituinte Originário, que face à sua particular fundamentalidade, não se encontram plenamente à disposição do Poder Constituinte Derivado - ainda que observados os processos agravados de reforma - sob pena de, alterados os seus conteúdos, alterar-se a essência mesma da Constituição, a qual viria a se transmutar em uma outra Constituição, desencadeando-se verdadeira ruptura com a ordem constitucional vigente.<sup>46</sup>

De posse destas primeiras considerações, recoloca-se a questão: os direitos sociais, econômicos e culturais são parte integrante desta identidade nuclear da Constituição, constituindo-se, portanto, em limites materiais implícitos, insuscetíveis de serem feridos pelo Poder Reformador, sob pena de macular-se a própria essência da Constituição?

A resposta a esse questionamento reconduz à célebre lição de CANOTILHO, para quem, em sede de direito constitucional, há certas questões que não podem ser enfrentadas adequadamente a partir de hipóteses abstratas. A investigação acerca dos limites imanentes à ação reformadora

do poder derivado, por exemplo, é um problema que só pode ser analisado em concreto. A toda evidência que o “conteúdo substancial” da Constituição só pode ser corretamente inferido a partir de uma análise que se revele *constitucionalmente adequada*.

É o que se pretende investigar, mais amiúde, no próximo tópico.

#### 4.3.1 Os direitos fundamentais sociais integram o núcleo identitário da Constituição de 1988?

Com a Constituição de 1988, virou-se uma página obscura da história do país, fechando-se o ciclo de autoritarismo, arbitrariedade e violência enfrentados durante todo o período ditatorial em que o Brasil esteve mergulhado. De conseqüência, a Constituição de 1988 demarca a passagem pacífica de um Estado ditatorial para um Estado democrático, instaurando-se uma nova ordem jurídica, por meio da ruptura com o *status quo* anterior. Com efeito, a partir de sua promulgação, passa-se a viver sob a égide de um “Estado Democrático de Direito”.<sup>47</sup>

A Constituição utiliza-se da locução “Estado Democrático de Direito” com o propósito de referir-se a *Estado de Direito de orientação social* - na expressão cunhada pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève. Confira-se, mais amiúde, nas palavras do referido autor, o sentido em que se dá emprego ao termo:

É o Estado que procura conciliar os postulados oferecidos pelo constitucionalismo com a preocupação social. Pode ser chamado de Estado de Direito Democrático, como em Portugal (art.2º da Constituição da República Portuguesa), ou de Estado Social e Democrático de Direito, como na Espanha (art.1º da Constituição Espanhola), ou de Estado de Direito Democrático e Social, como na Alemanha (art.28.1 da Lei Fundamental de Bonn), ou de **Estado Democrático de Direito como no Brasil (art.1º da Constituição Federal de 1988)**. Neste particular, a questão nominal pouco importa. Importa, sim, o modo de organização do Estado e a amplitude das liberdades em face dele.”<sup>48</sup> (destaques nossos)

Ao instituir um “Estado Democrático de Direito”, a Constituição está atribuindo ao Estado, antigos e novos papéis. De um lado, mantém as grandes “conquistas civilizatórias” auferidas pelo Estado de Direito Liberal - “a sujeição do Estado ao Direito; o respeito aos direitos individuais, e a contenção do poder”.<sup>49</sup> E de outro, imputa-lhe a condição de Estado Social de prestações - a quem incumbe uma multiplicidade de tarefas; cabendo-lhe um papel ativo na sociedade, de cunho marcadamente intervencionista. Trata-se de um Estado comprometido com a busca da redução das desigualdades sociais; a quem cabe implementar políticas públicas que assegurem a

saúde, educação, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, etc.<sup>50</sup>

De último, o uso da expressão “Estado Democrático de Direito” (grifei) quer designar que o Estado Social que se implantou no Brasil a partir de 1988, nada tem que ver com os “modelos de Estados Sociais que se encaminharam para o totalitarismo” - haja vista as experiências nazi-fascistas vivenciadas na Alemanha e na Itália, ou mesmo o Estado Novo da era Vargas.<sup>51</sup> Por outro lado, quer ainda designar o restabelecimento da democracia no país, com a restauração do Estado de Direito após um longo decurso de tempo vivido sob o jugo da ditadura.

Assim, com a instituição do “Estado Democrático de Direito”, acopla-se a noção de um Estado de Direito *material* à concepção do Estado de Direito *formal* (característica do Estado Liberal); de sorte que, ao valor da segurança jurídica vêm se somar novos axiomas, os quais podem ser condensados na noção de Justiça material.<sup>52</sup>

Contudo, cumpre referir que esta “acoplagem” do Estado Social ao Estado Liberal não se processa de forma tranqüila. A dificuldade de se obter uma conciliação dos interesses e valores propugnados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, em sua dúplici dimensão, resta evidenciada na constatação de que, de fato, há uma dicotomia de caráter estrutural na Constituição de 1988, na medida em que estão consagrados em seu bojo valores com grande potencial antinômico.

Não é para menos. Se de um lado, o Estado Social propugna pela realização de valores como a “justiça social”, através da redução das desigualdades e da proteção das classes mais desfavorecidas; por seu turno, o Estado de Direito postula a primazia da propriedade, da livre iniciativa, da liberdade de mercado, da autonomia contratual e da segurança jurídica.

Neste passo, impende reconhecer que há dificuldades reais no trato com a Constituição brasileira. Contudo, entende-se que tais obstáculos podem ser enfrentados com êxito, bastando para isto, que se lhes dê um tratamento adequado, a partir de uma hermenêutica constitucional mais adequada.<sup>53</sup>

A par de tudo o que foi dito, convém não se olvidar que a existência de um certo grau de dualismo na Constituição era natural e previsível, dado o contexto histórico particular em que a mesma foi promulgada. É o Prof. Luís Roberto Barroso quem recorda:

O processo constituinte que resultou na nova Carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem política e econômica até então. Na euforia - saudável euforia - de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um amplo exercício de

participação popular. Neste sentido, é inegável o seu caráter democrático.

Contudo, salienta o ilustre professor carioca, é justamente no caráter democrático em que se pautou o nascimento da Constituição de 1988 - urdida em um processo de amplo debate, que mobilizou a atenção de grande parte da sociedade - que reside o seu maior paradoxo; pois, no afã de contemplar “uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais, etc” obteve-se um produto final “(...) heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos.”<sup>55</sup>

O resultado do embate democrático de forças tão antagônicas quanto o capital e o trabalho, foi a produção de um texto dialético, onde se procurou encontrar o equilíbrio possível entre interesses tão díspares. Assim, parece compreensível que não haja na Constituição o predomínio *absoluto* de uma *única* tendência política,<sup>56</sup> uma vez que o seu texto decorre de um “compromisso” firmado entre interesses muitas vezes opostos. Disto resulta a sua natureza *compromissória*.<sup>57</sup>

Seguramente, tais dificuldades estão a desafiar um maior esforço interpretativo; contudo, esse antagonismo estrutural que se verifica no bojo da Constituição é também fruto da própria evolução que vem sendo perpetrada a partir da superação do velho paradigma liberal em prol de um projeto superior, de caráter humanizante, emancipatório e dignificante da pessoa humana, que é o Estado Social do bem-estar preconizado pela Constituição Federal de 1988.

É bom que se diga que não há neste mote qualquer contradição. Com efeito, o simples reconhecimento de que o modelo econômico adotado pela Constituição traduz um certo grau de “hibridismo”, resultado direto de sua natureza compromissória, não desautoriza a inferência de que a Constituição Federal de 1988 assumiu, em suas linhas gerais, uma postura ideológica definida, que guarda consonância com o Estado Social - ao qual deve se subsumir o Estado de Direito.<sup>58</sup>

Esta opção por um modelo intervencionista, orientado para a busca do bem-estar social, encontra-se vazada de forma inequívoca ao longo de todo o texto constitucional. É o que se depreende desde a leitura de seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o *bem-estar*, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade*

*fraterna*, pluralista e sem preconceitos, *fundada na harmonia social* e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgados, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL.  
(destaques nossos)

O preâmbulo constitucional apresenta-se como uma espécie de documento de intenções da Constituição que lhe corresponde. Em seu bojo, restam enunciadas, em linhas gerais, as grandes diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas da ordem constitucional em apreço. E, muito embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito, não contendo normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o fato é que sua relevância jurídica enquanto “elemento de integração e interpretação dos diversos artigos que lhe seguem” afigura-se incontestável, porquanto em seu teor estão vazados os grandes objetivos, finalidades e justificativas da nova ordem constitucional que se inaugura.<sup>59</sup>

A breve digressão de que nos ocupávamos até o momento justifica-se perfeitamente. Com efeito, presta-se a demonstrar que a *Constituição-Cidadã* - na expressão cunhada por Ulysses Guimarães - foi engendrada, desde as suas raízes, tendo como alicerce de sua estrutura política, econômica e ideológica, as bases de um Estado do Bem-estar Social.

Com efeito, não é sem razão que desde o seu preâmbulo, estão anunciados como valores paradigmáticos da nova ordem constitucional o “bem-estar” e a “igualdade”,<sup>60</sup> valores estes, a serem cultivados por uma “sociedade fraterna”, “fundada na harmonia social”.

Por seu turno, o art.3º da CF-88 oferece os pressupostos necessários a qualquer exegese que se proponha a desvendar o núcleo identitário da Constituição, ao informar as *diretrizes*<sup>61</sup> a cuja consecução está adstrito o Estado brasileiro:

Art.3º - (...)

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este entendimento é amplamente corroborado pelo disposto no *caput* do art.170, c/c o art.193; restando ali consignado que: (i) a ordem econômica tem seu fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa,<sup>63</sup> e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os dita-

mes da justiça social; (ii) e a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Some-se a estas ponderações, o destaque auferido pelos denominados direitos de segunda dimensão, tendo em vista o alargamento e o maior grau de concretização conferidos pela Constituição de 1988 ao catálogo de direitos fundamentais de cunho social, econômico e cultural.

A esse respeito, cumpre salientar que, se de um lado, a Constituição impôs ao Estado a realização de múltiplas tarefas; por outro lado, atribuiu-lhe igualmente o poder-dever de intervir junto à sociedade buscando o cumprimento destas pautas, através de variados mecanismos, os quais podem ser assim ilustrados:

- (i) Planejamento do desenvolvimento econômico - art.174, § 1<sup>o</sup>
- (ii) Incentivo (Fomento Público) - CF, art.174.
- (iii) Repressão ao abuso do poder econômico - CF, 173 § 4<sup>o</sup>
- (iv) Exploração direta da atividade econômica - CF, art. 173.<sup>64</sup>

Assim, em apertada síntese, é possível inferir que a Constituição de 1988: (i) refere, desde o seu preâmbulo, que os direitos sociais, a igualdade e a justiça constituem-se em objetivos permanentes do Estado; (ii) comunica a instituição de um Estado Democrático de Direito; (iii) consagra um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais, cuja abrangência e intensidade não encontram precedentes na história do constitucionalismo nacional.

De todo o exposto, reputa-se que o *ethos* constitucional (em sede de direito pátrio) é tributário de uma orientação social-democrática, cujo *telos* não pode ser outro, a não ser, o da realização da justiça social, por meio da conformação da sociedade, através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos; bem como, através da consagração de direitos fundamentais sociais, notadamente, os de natureza positiva, ou seja, direitos *através* do Estado.

Todas estas considerações conduzem a um juízo seguro de que a “identidade” através da qual se revela a Constituição não pode prescindir dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, sob pena de restar desfigurado o núcleo de suas *decisões políticas fundamentais* - o que autoriza a conclusão de que tais direitos constituem-se em limites materiais implícitos ao Poder Reformador.<sup>65</sup>

#### 4.3.2 Os direitos sociais e a proibição de retrocesso social

Uma vez que se reconheça aos direitos sociais, econômicos e culturais a indeclinável posição de limites materiais implícitos frente ao poder constituinte reformador; cumpre reconhecer também, por via de consequência,

que não será admitida *sequer* a propositura de emenda tendente a abolir os seus conteúdos essenciais; sujeitando-se qualquer investida neste sentido ao inafastável controle de constitucionalidade.

A esta altura da exposição, convém deixar claro que - em decorrência do Princípio da Inalterabilidade da Identidade Constitucional - os direitos sociais, econômicos e culturais constituem-se em limites materiais implícitos, insuscetíveis de reforma pelo Poder Constituinte Derivado em seu núcleo essencial, *mesmo antes da intervenção legislativa concretizadora de seu conteúdo*.

Após a mediação concretizadora destes direitos (em se tratando de direitos positivados através de normas programáticas), este regime jurídico de proteção reforçada (intangibilidade) passa a abranger até mesmo as normas infraconstitucionais criadas para integrar e densificar as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Em outras palavras: a cláusula de intangibilidade dos direitos fundamentais sociais - tal como previstos na Constituição - estende o seu âmbito de proteção até as normas infraconstitucionais concretizadoras destes direitos (diz-se “normas apenas materialmente constitucionais”).

Esta tese - propugnada na doutrina alienígena por CANOTILHO, e recepcionada, entre nós, por Ingo SARLET - diz respeito ao denominado “Princípio da Vedação do Retrocesso Social”, ou ainda, “Cláusula de Proibição do Retrocesso Social”, cujos principais postulados se buscará elucidar:

Retomando-se em parte as questões levantadas no tópico precedente, importa relembrar que a maior parte da doutrina converge no sentido de que os *direitos derivados a prestações* constituem-se em *direitos subjetivos*. Por sua vez, isto implica em dizer que, à medida que o Estado vai concretizando as *normas-tarefa* e *normas-fim* que a Constituição lhe impôs, através da criação de normas infraconstitucionais que regulamentam (densificam) o seu conteúdo; aos cidadãos passa a ser assegurada uma participação em igual quota-parte nas prestações estatais, segundo a medida dos recursos existentes.

Pois bem. De acordo com o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, esses direitos derivados a prestações, na medida “em que constituem a densificação dos direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de <<guarda de flanco>> (J. P. Müller) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido.” E como se tratam de direitos subjetivos, são portanto, justiciáveis, dispendo os cidadãos, a quem se destinam estes direitos, da faculdade de exigir em juízo a manutenção do mesmo nível de realização que por ventura já tenha sido alcançado - impedindo-se ao legislador que os houver concretizado, de *retornar sobre seus passos*, legislando posteriormente no sentido de eliminá-los.<sup>66</sup>

Neste sentido, cita CANOTILHO em sua consagradíssima obra *Direito Constitucional* um aresto jurisprudencial que encampou esta tese em Portugal nos seguintes termos:

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.<sup>67</sup>

Não se pode descurar, entretanto, que a tese postulada pelo Princípio da Vedação do Retrocesso Social está ainda longe de angariar um consenso doutrinário em torno de si, destacando CANOTILHO os nomes de J. Paul Müller, Konrad Hesse e Jorge Miranda a seu favor; bem como, em sentido contrário, Vieira de Andrade e Baptista Coelho.<sup>68</sup>

Para Manuel Afonso Vaz, o princípio da vedação do retrocesso social conflitua com o princípio da autonomia do legislador, na medida em que converte o grau de realização legislativa de um direito social em dimensão constitucional material, contrariando até mesmo a vontade do legislador (infraconstitucional).<sup>69</sup>

Mas, para autores como CANOTILHO, que não vêem na Constituição um código exaustivo e completo, e sim um instrumento formal fragmentário e, em certos domínios, aberto, é possível admitir que nem toda a matéria constitucional esteja vazada dentro dos quadrantes da Constituição.<sup>70</sup>

Pois bem. A partir do reconhecimento da existência de *normas materialmente constitucionais*, que, no entanto, não encontram assento no texto constitucional, é possível compreender que o legislador esteja vinculado ao seu teor, devendo conformar sua vontade a estes preceitos, sem que isto esteja a ferir a sua autonomia.

Uma outra objeção que se levanta - não sem certa pertinência - ao princípio da proibição do retrocesso social é a que diz respeito à dicotomia estrutural existente entre “rigidez” e “flexibilidade”, ou entre “mudança” e “permanência”. Tratam-se de antinomias que só vêm tensionar ainda mais a dualidade existente entre “Constituição normativa” e “realidade constitucional”.

Convém ponderar, entretanto, que estas problematizações estarão sempre presentes em qualquer sociedade, independentemente da Constituição que lhe governa; estando sempre, portanto, a desafiar soluções conciliatórias. Assim, o mero reconhecimento destas dificuldades não autoriza a concluir que o Princípio da Vedação do Retrocesso Social tem por escopo “atrasar” o curso naturalmente fluido das realidades fáticas subjacentes ao direito constitucional. O que se pretende, na verdade, é impactar normativamente sobre estas mesmas realidades, de forma a lhe imprimir uma racionalidade comprometida com a emancipação do homem e com a garantia das condições materiais mínimas existenciais por ele já conquistados.<sup>71</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as questões suscitadas neste trabalho têm como pano de fundo um paradoxo espinhoso: como é possível pensar a proteção de certos conteúdos da Constituição vocacionados para a imutabilidade, quando se vive em um mundo em contínua mutação, que sofre transformações cada vez mais profundas, em um espaço cada vez menor de tempo, ocasionando rupturas paradigmáticas de ordem econômica, política e social?

Fora de dúvida que o ritmo frenético em que estas evoluções se configuram no cenário nacional, e mesmo mundial, longe de contribuir, dificulta e obscurece ainda mais a possibilidade de lucidez no refletir das coisas, não havendo espaço para a reflexão consciente do que há de bom ou de perverso nos novos axiomas e paradigmas.

Assim, tal como Sísifo, que fora condenado pelos deuses mitológicos a rolar incessantemente uma pedra até o topo de uma montanha, apenas para vê-la rolar montanha abaixo, o *sentimento constitucional* do povo brasileiro é de frustração e impotência, ao deparar-se com os desvarios reformistas de maiorias congressuais de ocasião, que vêm sistemática e incessantemente fazendo desmoronar conquistas que foram urdidadas no bojo das lutas sociais, no decorrer de um longo processo histórico.

A Constituição é vilipendiada.

Sísifo, calado, cumpre a sua sina.

Rolam as pedras.

É assim que tem que ser.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: ed. Almedina, ano?

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: ed. Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAGA, Valeschka e Silva. *O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e a função de revelar e garantir a identidade da Constituição. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.) *In: Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1995.

CANOTILHO, *Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Almedina, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1992. (Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo).

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão; Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua Superação. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Rio Grande do Sul, n° 60, p. 250, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n° 120, p.159, 1993.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1994.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: ed. Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1927.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva da Lei*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992.

<sup>1</sup> Não custa repisar que a constituição *flexível* é aquela cujas normas se distinguem das demais leis somente em virtude da matéria que regulam, e não em função de uma posição hierárquica superior, podendo, assim, ser modificadas a qualquer momento pelo mesmo procedimento que as leis comuns. Inversamente, a constituição *rígida* se caracteriza pela posição de supremacia que ocupa em face das normas infraconstitucionais, exigindo, para a sua modificação, a observância de procedimentos agravados. Cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Almedina, 1991, p.151, referenciando-se nas lições de J. Bryce.

<sup>2</sup> Para maiores aprofundamentos, cf. BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.158 e ss.

<sup>3</sup> De acordo com a Constituição, *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.* (§ 4º do art. 60 da CF-88)

<sup>4</sup> Poder constituinte originário “é aquele que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional. Com efeito, por ocuparem estas o topo da ordenação jurídica, a sua criação suscita caminhos próprios, uma vez que os normais da formação do direito, quais sejam, aqueles ditados pela própria ordem jurídica, não são utilizáveis quando se trata de elaborar a própria constituição.” Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992, p.19.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p.59.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: ed. Malheiros, 2000, p.173-4.

<sup>7</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p.174.

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.350.

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p.151.

<sup>11</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p.151-152, o *direito constitucional aberto ao tempo* é “aquele cuja constituição contém uma regulamentação deliberadamente incompleta (<<sistema lacunoso>>, <<constituição não é codificação>>), de modo a permitir e garantir um espaço de liberdade para o antagonismo, compromisso e consenso pluralísticos.”

<sup>12</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.152.

<sup>13</sup> Ou, como prefere CANOTILHO: *capacidade de aprendizagem* das normas constitucionais com a realidade fática à qual se destinam.

<sup>14</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.350.

<sup>15</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 401 e ss.

<sup>16</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 543-544.

<sup>18</sup> Cf. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 136-137.

<sup>19</sup> Os exemplos primorosos foram trazidos à colação por CANOTILHO, *op. cit.*, p. 548-549 e BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 138-139.

<sup>20</sup> Cf. ALEXY, Robert, *op. cit.*, p.189 e ss.

<sup>21</sup> *Idem, ibidem*, p.194 e ss.

<sup>22</sup> BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p.140.

<sup>23</sup> Cf. ALEXY, *op. cit.*, p.210 e ss.

- <sup>24</sup> É possível, por exemplo, escolher entre ter *ou* não, uma religião; fazer *ou* não, parte de uma associação, etc.
- <sup>25</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.550.
- <sup>26</sup> Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p.550-551 e BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 142-143.
- <sup>27</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.552.
- <sup>28</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.553.
- <sup>29</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo:RT, 1999.
- <sup>30</sup> SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.359 e ss.
- <sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p.177.
- <sup>32</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e a função de revelar e garantir a identidade da Constituição. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.) *In: Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1995, p.183-185.
- <sup>33</sup> Não é necessária a *aprovação* de emenda violadora da Constituição para dar ensejo ao controle de constitucionalidade, sendo bastante para isso a sua mera *discussão*.
- <sup>34</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p.186.
- <sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p.349.
- <sup>36</sup> Até por uma exigência de lógica normativa, já lecionava Sieyès que o órgão delegado não pode alterar por conta própria os limites de sua delegação. Cf. BRITTO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 189.
- <sup>37</sup> Cf. SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: ed. Livraria Progresso, 1954, p.93 e ss.
- <sup>38</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão; Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de sua Superação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, Rio Grande do Sul, n° 60, p. 250, 1994.
- <sup>39</sup> Cf. AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao Poder Reformador*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 2000, p.185 e ss.
- <sup>40</sup> SARLET, Ingo. *op. cit.*, p. 357.
- <sup>41</sup> *Idem, ibidem*, p.358.
- <sup>42</sup> Para maiores aprofundamentos, vide BRAGA, Valeschka e Silva. *O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.
- <sup>43</sup> Para maiores aprofundamentos, ver, por todos: ANDRADE, José Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: ed. Almedina, p.215 e ss.; e LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: ed. Sergio Fabris, 2001, p.167 e ss.
- <sup>44</sup> Cf. SARLET, *op. cit.*, p. 352. Este entendimento é adotado, dentre outros, por ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao poder de reforma constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, n° 120, p.159, 1993.
- <sup>45</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1927.
- <sup>46</sup> Para maiores aprofundamentos sobre o Princípio da Identidade Constitucional, ver, dentre outros: BRITO, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 175 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade - Possibilidade Jurídica de sua Superação. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n° 60, p. 249, 1994; SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.108 e ss. e SARLET, Ingo, *op. cit.*, p.349 e ss.
- <sup>47</sup> Confira-se BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001, p.10.
- <sup>48</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1992. (Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo), p.33.

<sup>49</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>50</sup> Cf. art.6º da CF-88.

<sup>51</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, *op. cit.*, p.32.

<sup>52</sup> Cf., por todos, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: ed. Del Rey, 1994, p.72-73.

<sup>53</sup> Referindo-se às dificuldades de se conciliar os ditames do Estado de Direito aos do Estado Social, assevera o Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, *op. cit.*, p.33, que “Cabe ao direito constitucional encontrar artérias possibilitadoras dessa difícil, mas não impossível, convivência.”.

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001, p.11.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>56</sup> Repise-se: embora não se verifique o predomínio *absoluto* de uma tendência política, há, em nosso sentir, o predomínio *relativo* dos postulados sociais do *Welfare State* sobre os axiomas liberais do Estado de Direito clássico.

<sup>57</sup> Esta tese é esposada por CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. *Apud* BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p.11.

<sup>58</sup> Em sentido divergente : Geraldo Vidigal; Miguel Reale; Washington Peluso Albino de Souza e Tércio Sampaio Ferraz Júnior *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 201-210.

<sup>59</sup> Cf. a lição de MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: ed. Atlas, 1997, p.40.

<sup>60</sup> Ao lado do desenvolvimento, da justiça, da liberdade e da segurança.

<sup>61</sup> Ronald Dworkin se utiliza da expressão “diretrizes” para designar aquelas pautas que estabelecem objetivos de caráter econômico, social ou político, cuja implementação deve condicionar a atuação estatal - segundo leciona GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.84.

<sup>62</sup> A não-consecução de seus fins precípuos pelo Estado brasileiro de forma sistemática vem acarretando um processo de *erosão* da própria normatividade constitucional (na expressão cunhada por Ingo Sarlet) e que redunde, em última instância, no que Marcelo Neves chamou de *constitucionalização simbólica*.

<sup>63</sup> Perceba-se a significativa precedência de ordem do valor trabalho, frente ao valor da liberdade de iniciativa, ressaltando-se que a mesma precedência se repete no inciso IV do art.1º da CF-88.

<sup>64</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela *apud* DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2000.

<sup>65</sup> Cf. a caracterização dos elementos estruturais do Estado Social, sob o ponto de vista de CANOTILHO, *op. cit.*, p.77-78.

<sup>66</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 552-553.

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p.553. Cf. Acórdão do TC nº 39/84, que declarou inconstitucional o DL n.254/82, que revogara grande parte da Lei n.56/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, p.554.

<sup>69</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva da Lei*. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1992, p.383-386.

<sup>70</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p.70-71.

<sup>71</sup> Além do mais, o temor de uma eventual “petrificação” ou “engessamento” da matéria constitucional em virtude da vedação do retrocesso social pode ser relativizado, em boa medida, pelo fato de que, na verdade, o que se postula, é a manutenção do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

## SÍSIFO AT THE IMPONDERABLE LIMIT OR SOCIAL RIGHTS AS LIMITS TO THE REMODELING POWER

### ABSTRACT

The objective of this work is the study of the following hypothesis: do the fundamental social rights constitute material limits to the remodeling power? The aim is to develop an answer to this question through the analyses of the constituent power, the constitution itself and the fundamental rights. The conclusion points out the intangibility of the social rights, regarding that its abolition implies a flagrant social step backwards as well as a violation of the constitutional identity.

### KEYWORDS

Social Rights. Material Limits. Remodeling Power. Intangibility. Constitutional Identity.

## SÍSIFO À LA LIMITE DE L'IMPONDÉRABLE OU DES DROITS SOCIAUX COMME DES LIMITES AU POUVOIR REFORMATEUR

### RÉSUMÉ

L'objectif de ce travail c'est de savoir si les droits fondamentaux sociaux constituent des limites matérielles au pouvoir constituant réformateur. Le but est de développer une réponse à une telle question travers les analyses du Pouvoir constituant, de la Constitution elle-même et des droits fondamentaux. La conclusion signale l'intangibilité des droits sociaux, concernant que son abolition implique un retour en arrière aussi bien qu'une violation de l'identité constitutionnelle.

### MOTS-CLÉS

Droits sociaux. Limites matérielles. Pouvoir Réformateur. Intangibilité. Identité constitutionnelle. Retour en arrière.