

SÃO OS DIREITOS SOCIAIS CLÁUSULAS PÉTREAS? EM QUE MEDIDA?*

Rodrigo Brandão*

“Não é razoável usar as sanções do poder do Estado para corrigir ou punir aqueles que discordem de nós.” **(John Rawls)**

1. Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas. 2. O âmbito e a natureza da proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988, e os direitos sociais.
3. Globalização econômica, realinhamento constitucional e inclusão dos direitos sociais no núcleo intangível da Constituição de 1988.

1. Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas.

A Constituição de 1988, como era de se esperar de uma Carta que, após uma longa vaga de autoritarismo, assumiu o *status* de marco jurídico do processo de redemocratização do país, incorporou o mais amplo rol de direitos e garantias fundamentais já previsto em constituições nacionais, trazendo-o, simbolicamente, para o início do seu texto.¹ Para além disto, inseriu os “direitos e garantias individuais” no elenco dos limites materiais explícitos ao poder de reforma, ao lado da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico e da separação dos Poderes (art. 60, § 4º).

* Professor-Adjunto de Direito Constitucional da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

¹ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 67 et seq. Ademais, o destaque conferido pela Constituição de 1988 à tutela dos direitos fundamentais é confirmado pela abertura de um título exclusivamente para os “direitos e garantias fundamentais”, no qual se inserem os capítulos I (direitos e deveres individuais e coletivos), II (direitos sociais), III (direitos da nacionalidade), IV (direitos políticos), V (partidos políticos); pela atribuição de eficácia imediata às suas normas (art. 5, § 1º), vinculando os três poderes constituídos à sua observância; pela concessão do *status* de cláusulas pétreas aos “direitos e garantias” individuais (art. 60, § 4º, IV) e de hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º com a redação dada pela EC n.º 45/2003); pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais travadas pelo Brasil, (art. 4º, II) etc.

A atribuição explícita de superconstitucionalidade aos direitos e garantias individuais consistiu em novidade de relevo do constituinte de 1988, pois era da tradição do direito positivo brasileiro considerar cláusulas pétreas apenas as formas republicana de governo e federativa de Estado.² Saliente-se, entretanto, que as limitações materiais ao poder de reforma constitucional consistem em tópico do direito constitucional contemporâneo em que se evidencia e se potencializa a tensão entre constitucionalismo e democracia, cujos conceitos serão delineados, de forma esquemática e simplificada, no seguinte parágrafo.

Pois bem. Embora, na prática, constate-se uma forte interdependência entre constitucionalismo e democracia, as democracias constitucionais, verdadeiros modelos institucionais de justiça política nas sociedades ocidentais contemporâneas, guardam em seu âmago um paradoxo entre compromissos colidentes, a saber: o ideal de um governo limitado pelo direito para a proteção do indivíduo (constitucionalismo em sentido estrito) e o de um governo do povo (democracia).³ Assim, pode-se dizer que, embora ambos os conceitos se vinculem à exigência de legitimidade no exercício do poder político, o ideário constitucionalista se atém à extensão deste poder (até que ponto podem os governos dispor sobre a vida dos cidadãos?), e o democrático à sua fonte (quem deve estabelecer tais normas?), de maneira que, enquanto o primeiro se volta à limitação do poder político, o segundo tende ao seu fortalecimento.

Note-se que a positivação constitucional dos direitos e garantias individuais se destina, sobretudo, a promover a limitação jurídica do poder político em prol da proteção do indivíduo, escopo que, como visto, integra a essência do constitucionalismo moderno desde a sua gênese, após as Revoluções Burguesas. Com efeito, a previsão constitucional dos direitos e garantias individuais tem por finalidade colocar prerrogativas inerentes à dignidade humana acima do poder de deliberação dos órgãos do Estado, de forma a evitar

² V. art. 90, § 4º, da Constituição de 1891, que incluía a representação dos Estados no Senado, seguindo a fórmula norte-americana; art. 178, § 5º, da Constituição de 1934; art. 217, § 6º da Constituição de 1946; art. 51 da Constituição de 1967; e arts. 47 e 48 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969). Havia de longa data, contudo, forte querela acerca de os direitos fundamentais consistirem, ou não, em limites materiais implícitos ao poder de reforma constitucional. Ver, a propósito, SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada edições Ltda, 1995., p. 92 et seq.

³ MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 4 et seq.

que maiorias políticas ocasionais, empolgadas com êxitos eleitorais conjunturais, coloquem em risco a sua tutela.

É bem de ver, contudo, que o exercício do controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário apresenta, quando menos *prima facie*, alguns problemas de justificação no seio de um regime político democrático. Alude-se a duas dificuldades, uma de caráter temporal e outra de caráter semântico.⁴ A primeira consiste na vinculação da vontade política atual - corporificada nas leis - às deliberações de uma maioria constituída no passado - contidas nas normas constitucionais -, algo que, a princípio, contrasta com o fato de o ideal democrático de autogoverno do povo preconizar que a geração atual, e não gerações passadas, deva estatuir as normas jurídicas que regerão a vida em sociedade, sob pena de instaurar-se “governo dos mortos sobre os vivos”.⁵ A segunda (dificuldade semântica) consiste no déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos e isentos de responsabilidade eleitoral no tocante à invalidação de decisões tiradas pela maioria dos representantes do povo, notadamente quando a decisão judicial em tela se fundamentar em princípios constitucionais de alta abstração e densidade moral (i.e.: direitos e garantias individuais).

Tais dificuldades são potencializadas ante a adoção no Brasil do controle difuso de constitucionalidade, de maneira que, não apenas um órgão judicial ou político, mas todos os juízes e Tribunais podem afastar o resultado da deliberação do Parlamento. Especificamente no que toca ao controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas constitucionais à luz da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, objeto central das nossas preocupações, verifica-se um incremento dos óbices teóricos antes referidos, basicamente em virtude de dois fatores.

O *primeiro* decorre da circunstância de as cláusulas pétreas serem limites materiais ao poder de reforma constitucional, o qual se consubstancia no mais elevado processo

⁴ SARMENTO. Daniel. A ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado** n. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵ A perplexidade do estabelecimento de um governo dos mortos sobre os vivos já fora manifestada, no século XVIII, por Thomas Paine e por Thomas Jefferson. Para o último, a Constituição deveria ser revista a cada dezenove anos, conferindo, assim, à nova geração a possibilidade de ratificar, ou não, as deliberações da geração anterior. Nesta linha, dispõe o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.” Ver BRITO, Miguel Nogueira de. **A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

político-deliberativo disciplinado pelo direito positivo. Assim, tais cláusulas só podem ser abolidas pelas vias de fato de uma nova manifestação do poder constituinte originário, sendo vedada a supressão do seu núcleo essencial por emenda constitucional. Em razão dos naturais prejuízos impostos à segurança pela contínua sucessão de ordens constitucionais, parece especialmente forte a objeção de que a sua previsão implicaria a negação de poder soberano às gerações pós-constituintes, em verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, reforçando, portanto, o aspecto temporal da crítica dirigida ao controle de constitucionalidade.

O *segundo* fator decorre da circunstância de os direitos e garantias individuais se consubstanciarem, via de regra, em princípios constitucionais marcados pela alta abstração semântica e densidade moral. Tendo em vista que o texto dos enunciados normativos delimita a atividade criativa do intérprete, pois não lhe é dado proferir interpretação *contra legem*, a fluidez inerente às normas de caráter principiológico amplia a liberdade de atuação do juiz na invalidação das decisões supermajoritárias do Congresso Nacional. Por outro lado, o profundo desacordo existente em uma sociedade pluralista acerca do conteúdo moral dos direitos fundamentais agrega complexidade e subjetividade à tarefa de o Judiciário identificar o seu conteúdo concreto.

Waldron, a propósito, afirma inexistir uma resposta certa acerca do conteúdo dos direitos individuais, já que, superada a concepção jusnaturalista acerca da sua auto-evidência, verifica-se um ambiente de concorrência entre teorias de justiça razoáveis. Desta forma, a positivação constitucional dos direitos e garantias individuais se consubstancia em atitude que combina *autoconfiança e desconfiança injustificadas: autoconfiança*, no sentido de estar-se certo de que aquilo que foi retirado do processo deliberativo ordinário é, de fato, matéria de direito fundamental, assim como inexistirão controvérsias a respeito da sua interpretação e aplicação; *desconfiança*, pois está implícita na positivação constitucional a noção de que qualquer visão alternativa adotada pelo legislador em um ou dez anos será patentemente equivocada, de maneira que a perspectiva do seu autor deve ser imediatamente colocada acima do alcance da revisão legislativa.⁶ Ora, se, em um regime democrático, as decisões política e moralmente relevantes - dentre as quais se destaca a alusiva à determinação do conteúdo dos direitos

⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 222.

individuais - devem ser tomadas, preferencialmente, pelos representantes do povo, dotados de legitimidade democrática, a invalidação de emendas constitucionais - supostamente - com lastro nos direitos individuais parece apresentar, de forma especialmente intensa, uma dificuldade semântica.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, desde 27 de setembro de 1926 (Habeas Corpus n. 18.178),⁷ vem afirmando, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais que transgridam cláusula pétrea. A sindicabilidade judicial das emendas foi reiterada, ainda em tese, no MS 20.257, relatado pelo ínclito Ministro Moreira Alves, e no julgamento da ADIN n. 829.⁸ Apenas com a edição da Constituição de 1988, contudo, é que tal competência veio a consolidar-se, através do seu concreto exercício. De fato, somente em 15 de dezembro de 1993, o Supremo Tribunal Federal, na importante decisão proferida no julgamento da ADIn n. 939-DF,⁹ declarou a inconstitucionalidade de dispositivos insertos na emenda constitucional n.º 03/1993, que excluía o IPMF da incidência do princípio da anterioridade tributária.^{10,11}

Cumprir notar que o STF se aproximou da orientação fixada pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bunderverfassungsgericht*) que, desde o julgamento do caso da “privacidade de comunicação”¹² (1970), vem afirmando, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais, apesar de nunca haver,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 18178. Paciente: João Maria Xavier. Coator: Poder Executivo. Relator: Min. Hermenegildo de Barros, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. Revista Forense, 47, p. 748/827.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 829. Requerente: Partido da Reedificação da Ordem Nacional. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 14 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006; RTJ – 156, p. 451 a 495.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006; RTJ – 151, p. 755-841.

¹⁰Neste sentido, anotou o Min. Paulo Brossard: “Pela primeira vez, a constitucionalidade de uma emenda constitucional ou de aspectos de uma emenda constitucional chega até o Supremo Tribunal e é por ele enfrentada e decidida”. ADIn n.939-DF, cit., RTJ 151, p. 837.

¹¹ Na ocasião, o STF declarou a inconstitucionalidade, entre outros preceitos, da expressão o “art. 150, III, b e VI” contida no parágrafo 2, do art. 2 da Emenda Constitucional n. 03, que excluía a aplicação da anterioridade tributária (art. 150, III, a) e das imunidades arroladas no art. 150, VI, da Constituição da República, ao imposto provisório sobre a movimentação financeira (IPMF). Por arrastamento, o STF também declarou a inconstitucionalidade dos arts. 3, 4, 8 e 28 da Lei Complementar n. 77/93.

¹² BverfGE, Sentença 30, 1, de 15 de dezembro de 1970.

efetivamente, julgado inconstitucionais dispositivos insertos em emendas à constituição.¹³ Por outro lado, o STF se afastou da postura severamente auto-restritiva adotada pela Suprema Corte dos EUA, que, para além de nunca haver proclamado a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, emitiu o entendimento de que, em regra, uma tal aferição escapa às atribuições do Poder Judiciário, por se cuidar de questão política.¹⁴

No que toca aos limites do alvitado controle, convém destacar que o STF não adota a concepção minimalista afirmada pelo *Bunderverfassungsgericht* no caso da “privacidade da comunicação”, no sentido de que os limites materiais ao poder de reforma representam apenas uma proibição de revolução ou de destruição da própria

¹³ No caso da “privacidade de comunicação”, o Tribunal Constitucional julgou constitucional emenda que modificara o art. 10 da Lei Fundamental de Bonn, a qual, com o escopo de proteger a soberania nacional e combater inimigos estrangeiros e domésticos, conferia ao Parlamento poderes para editar lei que permitisse ao Executivo fiscalizar comunicação de pessoa sem a sua ciência, afastando, ademais, o controle judicial dos atos administrativos destinados a efetivar a referida fiscalização. Suscitou-se a sua inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, sob o argumento de que restariam violados os arts. 1 e 20 da Lei Fundamental, notadamente os princípios da dignidade humana e do Estado de Direito, erigidos à condição de cláusulas de pelo art. 79, III da Lei Fundamental.

A Corte, após afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emenda constitucional, considerou a emenda em tela constitucional, sob o argumento principal de que “não é permitido aos inimigos da Constituição colocar em risco, prejudicar, ou destruir a existência do Estado sob o pálio da proteção de direitos conferida pela Lei Fundamental”. Adotou-se, portanto, uma concepção minimalista a respeito da interpretação dos limites materiais ao poder de reforma, na medida em que estes se destinariam apenas a evitar que “a ordem constitucional seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário”. Ver, respectivamente, BverfGE, 30:1 (24) *apud* KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. London: Duke University Press, 1997. p. 228; BverfGE, 30:1 (24) *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 252.

¹⁴ Julgado paradigmático foi proferido em *Coleman v. Miller* (307 US 433 (1939)), no qual a Suprema Corte dos EUA apreciou as seguintes questões: (i) poderia o governador de Kansas ter proferido voto de minerva no âmbito da legislatura do respectivo Estado, no que toca à ratificação de projeto de emenda que dispunha sobre trabalho infantil (a qual nunca chegou a ser ratificada por dois terços dos Estados)?; (ii) pode um Estado ratificar emenda que antes havia rejeitado?; (iii) pode um Estado ratificar uma proposta de emenda a qualquer tempo? (no caso tinham se passado treze anos da sua propositura). O Tribunal dividiu-se a respeito de o primeiro tópico encerrar, ou não, questão política, acabando por manter, sem expressar uma visão a respeito da sindicabilidade judicial da questão respectiva, a decisão da Corte Suprema do Kansas que se negara a invalidar a participação do governador. Quando aos demais, por uma maioria de sete a dois, o Tribunal considerou-os questões políticas, e, por conseguinte, judicialmente insindicáveis. Vale destacar que quatro juízes (Black, Roberts, Felix Frankfurter e William Douglas) davam à decisão uma maior extensão, para reconhecer uma completa discricionariedade do Congresso no exercício da competência que lhe foi deferida pelo art. V, não possuindo nenhum juiz ou Tribunal autoridade constitucional para controlar, em qualquer medida ou aspecto, a constitucionalidade de emendas constitucionais. Tal orientação genérica, contudo, não foi acolhida pela maioria do Tribunal. Ver TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. Vol. I, 3 ed. New York: New York Foundation Press. 2000, p. 104; HALL, Kermit L. **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 60/61.

Constituição (*Revolutions-und Verfassungsbeseitigungsverbot*). Entende o STF, ao revés, que os limites materiais ao poder de reforma encerram proibições de ruptura dos princípios nelas contidos, de maneira que, caso as emendas suprimam o núcleo essencial das cláusulas pétreas isoladamente consideradas, elas devem ser declaradas inconstitucionais, ainda que não haja risco de erosão da Constituição como um todo.¹⁵

Diversas razões revelam o acerto da adoção desta paradigmática linha jurisprudencial do STF no contexto político-institucional brasileiro, v.g.: (i) o art. 60, § 4º previu que projeto de emenda tendente a abolir as cláusulas pétreas *sequer será objeto de deliberação*, (ii) a incrível profusão de emendas constitucionais, muitas delas referentes a assuntos que não são materialmente constitucionais, revelando uma contaminação do poder constituinte derivado por interesses momentâneos,¹⁶ e o (iii) conseqüente risco de maiorias ocasionais colocarem em risco elementos constitucionais essenciais, (iv) além de o Judiciário brasileiro, ao contrário do norte-americano, mais ter contribuído para a lesão à democracia por sua inação do que pelo seu ativismo, etc..¹⁷ Entretanto, não é igualmente digna de encômios a surpreendente naturalidade com a qual o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro encara o controle da constitucionalidade de emendas, não raro se olvidando de que deve adotar postura de maior auto-restrição judicial (*judicial self restraint*) do que no controle da constitucionalidade de leis, à vista dos rigores procedimentais aplicáveis ao processo de emenda (iniciativa e quorum qualificados e dois turnos de votação) revelarem, a princípio, a obtenção de um consenso político mais sólido no seio do Congresso Nacional do que o atingido quando da aprovação de uma lei.¹⁸

A necessária conjugação das referidas assertivas deve partir da premissa da inevitabilidade do pluralismo no seio das modernas democracias constitucionais. Com efeito, no âmbito de sociedades livres se revela inexorável o reconhecimento da

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Limites da Revisão Constitucional. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 21, out. – dez. (1997), p. 78.

¹⁶ Em dezenove anos de vigência, a Constituição de 1988 foi emendada sessenta e duas vezes, aí incluídas as emendas de revisão, chegando-se a uma espantosa média de 3,26 emendas/ano.

¹⁷ Tivemos a oportunidade de desenvolver as razões que justificam a pertinência da adoção da referida linha jurisprudencial pelo STF à luz da nossa realidade político-institucional em BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.171 et. seq.

¹⁸ Ver as advertências formuladas neste sentido pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, no julgamento do MS n. 24875-1, pelo Pleno do STF, DJ 06.10.2006.

existência de uma pluralidade de doutrinas que se qualificam como abrangentes, por abarcarem diversos aspectos da existência humana (moral, religião, filosofia, e - destaque-se - economia). Portanto, se “não é razoável usar as sanções do poder do Estado para corrigir ou punir aqueles que discordem de nós”,¹⁹ não se afigura legítimo entrincheirar uma doutrina abrangente na constituição com o fito de torná-la obrigatória àqueles que a ela não aderem, ou pior, com a finalidade de conferir-lhe uma espécie de imunidade em face de mudanças desejadas pelas maiorias constituídas após a geração constituinte.

Assim, na concretização da cláusula superconstitucional dos direitos e garantias individuais, o Judiciário deve atuar em uma área de *neutralidade política*, valendo-se de uma *razão pública*, de modo a não “apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes - para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda -, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controvertidas”, visto que tais razões não são públicas, mas pertinentes à sociedade civil. Ao contrário, a argumentação dos Tribunais deve se fundar em razões públicas, ou seja, “deve repousar (tanto quanto possível) sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles”,²⁰ as quais são *objeto de um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis*. Daí a necessidade de distinguir-se o domínio do que é constitucionalmente estabelecido, o qual, por ser objeto de tendencial consenso racional entre doutrinas abrangentes e razoáveis, pode ser tutelado pelo Judiciário em face mesmo de deliberações supermajoritárias do Parlamento, do espectro no qual, em virtude da existência de um *desacordo moral razoável* entre as referidas doutrinas, deve prevalecer o pluralismo político e a vontade das maiorias.

A partir de tal perspectiva, defende-se que o Judiciário deva restringir o âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 à garantia da intangibilidade das condições (procedimentais e não procedimentais) da democracia inaugurada pela Constituição de 1988, e não a petrificação de um projeto específico de desenvolvimento da sociedade definido pelo constituinte de 1988. Este “ativismo judicial” restrito à tutela das condições

¹⁹ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 184.

²⁰ RAWLS, John. Op. cit. p. 274.

da democracia permitirá que a atribuição de força jurídica efetiva à cláusula superconstitucional dos “direitos e garantias individuais”, não implique, por um lado, excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados por um “Governo de Juizes”, nem, por outro, risco de supressão de garantias inerentes à dignidade humana pela vontade política do momento, confundindo-se democracia com tirania das maiorias.

Dentre os direitos individuais erigidos ao *status* de condições da democracia, Rawls insere os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter direitos)²¹, as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito a informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão), e, destaque-se, a garantia de um mínimo existencial.²² De fato, em que pese às objeções levantadas pelas doutrinas coletivistas que tiveram projeção na primeira metade do século passado (comunismo, fascismo, nacional-socialismo, etc.), nas democracias constitucionais contemporâneas pode-se dizer que a fórmula e as garantias do Estado de Direito são objeto de *consenso sobreposto entre doutrinas que inclusive contestam outros aspectos do liberalismo*, pois “o Estado de Direito é um dos elementos centrais da configuração política que permite a cooperação social em um ambiente de pluralismo (o outro elemento é a democracia). Assim é que se pode afirmar que o Estado de Direito, em relação às diversas doutrinas particulares, está circunscrito à esfera da imparcialidade política, podendo ser objeto de adesão estável e generalizada.”²³

Saliente-se que Rawls não inclui o princípio da diferença no âmbito do referido consenso sobreposto, devendo tal princípio ser garantido pelo legislador através do emprego da razão pública.²⁴ A propósito, vale sublinhar que o filósofo de Harvard

²¹ Cf. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

²² Ibid. p. 277 et seq.

²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. **In: A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 718.

²⁴ Sob o véu da ignorância, considera o filósofo de Harvard que os indivíduos escolheriam dois princípios de justiça para governar a estrutura básica da sociedade e pautar a divisão equitativa de bens primários, a saber:

evoluiu em relação à posição defendida na Teoria da Justiça, porquanto acatou a crítica de Frank Michelman, de maneira a considerar que a garantia de condições materiais mínimas atuaria como pressuposto ao princípio da igual liberdade.²⁵ Assim, a tutela das necessidades básicas do cidadão passou a ocupar posição idêntica ao princípio da igual liberdade na ordem léxica que engendra entre os princípios de justiça, dissociando-a, portanto, do princípio da diferença, pois já se assinalou que este, embora “muito mais exigente”, não se insere entre os *constitucional essenciais*.²⁶

Tais considerações evidenciam que o liberalismo político não se identifica com a teoria libertária dos direitos fundamentais, que os restringe aos direitos a prestações estatais negativas (direitos de defesa). Embora preconize a neutralidade política do Judiciário na tutela dos elementos constitucionais essenciais, e as liberdades civis ali inseridas demarquem, de fato, esfera de autonomia privada intangível à intervenção do

* Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras. (princípio da igual liberdade)

* Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável (princípio da diferença), e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (princípio da igualdade de oportunidades).

Rawls defende uma prioridade léxica do primeiro - princípio da igual liberdade - em face do segundo - que se subdivide nos princípios da diferença e da igualdade de oportunidades -, do que decorre que “as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor de igual liberdade.” Acrescenta que o princípio da igual liberdade, por se referir aos “*constitucional essenciais*”, ou seja, às liberdades civis e políticas, deve ser resguardado pela Constituição, enquanto a contenção da desigualdade social, embora se consubstancie em dever do Estado, teria a sua tutela relegada à legislação ordinária, na medida em que “dita as políticas sociais e econômicas, sendo voltado a maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, sob condições de igualdade de oportunidade, submetido à manutenção das liberdades iguais”.

Esclarece, por sua vez, Cláudio Pereira de Souza Neto que “embora os dois princípios sejam, segundo ele (Rawls), objeto de consenso sobreposto, este não se realiza integralmente no plano constitucional. O autor concebe, de fato, um processo gradual e adesão aos princípios de justiça, que se inicia como um mero *modus vivendi*, se aprimora como um “consenso constitucional” e se realiza finalmente como um “consenso sobreposto”. O seu modelo de igualdade social é concretizado somente neste terceiro momento, e a jurisdição constitucional deve proteger apenas o segundo.” SOUZA NETO. Op. cit., p. 124/125. Todavia, como salientado supra, Rawls evolui para considerar o mínimo existencial pressuposto ao princípio da igual liberdade, partilhando, portanto, da sua prioridade léxica.

²⁵ MICHELMAN, Frank. Welfare rights and constitutional democracy. **Washington University Law Quarterly**, 1979; Id. Constitutional welfare rights and a theory of justice. In: DANIELS, Norman. **Reading Rawls: critical studies on rawls's theory of justice**. California: Stanford University Press, 1989. p. 319/347. Conferir ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005. p. 240 et. seq.; BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Idem. **Teoria dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁶ Ver nota 24.

Estado, o liberalismo político não exige neutralidade estatal no domínio econômico. Não se deve confundir o liberalismo político de Rawls, de forte caráter igualitário, com o liberalismo econômico defendido, por exemplo, pelo libertarianismo que, ao contrário daquele, busca precisamente colocar uma doutrina econômica abrangente, cuja nota típica é o absentismo estatal no domínio da economia, fora do alcance das maiorias políticas, por considerá-la elemento constitucional essencial, utilizando-nos, a bem da clareza, da nomenclatura de Rawls. Efetivamente, a intensidade e os métodos de intervenção estatal na economia consistem em questões que não se inserem no plano dos consensos sobrepostos, mas no âmbito em que se verifica um desacordo moral razoável, razão pela qual devem ser decididas pelas maiorias políticas, ao invés de imunizar-se uma doutrina econômica altamente controvertida na constituição.²⁷

Ademais, de pressupostos fundamentais do liberalismo político, como, p. ex., as idéias de igualdade, liberdade e de igual valor intrínseco entre os indivíduos, a visão de que a liberdade não consiste em mera ausência de constrangimento externo, mas um genuíno poder de escolha, etc., já trazem em si exigências no sentido da imprescindibilidade de o Estado atender aos direitos sociais que correspondam às necessidades básicas dos indivíduos, que, nesta medida, serão dotados de fundamentalidade material. Esta dimensão igualitária do liberalismo político se afigura de extrema relevância no domínio de sociedades não tão bem-ordenadas como os EUA, de que é exemplo a brasileira, nas quais as drásticas desigualdades sociais trazem fortes pressões pela satisfação de direitos sociais fundamentais.

Assim, preconiza-se no presente trabalho que um liberalismo político que enfatize a sua dimensão igualitária fornece parâmetros fundamentais para a interpretação do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, em consonância a uma leitura sistemática do texto constitucional. Isto porque, de uma banda, logra-se obter modelo em que o Judiciário preserva elementos constitucionais essenciais de pretensões supressivas do constituinte derivado, visto que a noção de que os indivíduos, independentemente de sua função social, são um fim em si mesmo, cujos direitos fundamentais gozam de uma prioridade *prima facie* em relação à satisfação de necessidades coletivas, coíbe, por

²⁷ Tal assertiva será desenvolvida no item 3.

exemplo, desvios autoritários a que estaria sujeita uma visão totalizante do Estado de Bem Estar Social.

Por outro lado, a ênfase de sua dimensão igualitária permite que se veja a premissa fundamental do tratamento dos indivíduos pelo Estado com “igual consideração e respeito” segundo uma perspectiva mais apropriada a sociedades em vias de desenvolvimento, que escapa das insuficiências inerentes à restrição dos direitos fundamentais aos direitos de defesa. A referida proposta, conforme salientado, parece se amoldar a uma interpretação sistêmica da Carta de 1988, pois se cuida de Constituição que, nitidamente, preocupou-se em proteger o indivíduo do eventual exercício abusivo do poder estatal, sem haver, contudo, descurado do papel de o Estado promover a satisfação de necessidades básicas do indivíduo.

À vista do exposto, pode-se concluir que tal concepção não incide no reducionismo a que está fadado um procedimentalismo puro como o de John Hart Ely,²⁸ vez que não restringe as condições da democracia aos direitos e liberdades que cumpram uma função imediata no processo democrático. Ao revés, abrange também todas as condições fundamentais para a garantia de que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, como agentes morais livres e iguais, independentemente da posição ou da

²⁸ V. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Ely sustenta que o aparente paradoxo entre controle judicial de constitucionalidade e democracia pode ser dirimido, caso se entenda o primeiro como um reforço a este, ou seja, caso se considere que o Judiciário atua, no particular, como um árbitro cuja função é zelar pela observância das “regras do jogo”, intervindo apenas quando um “time” está obtendo vantagens indevidas, e não quando, simplesmente, o “time contra o qual se torce” marca um ponto. Assim, deve o Judiciário verificar se os caminhos de participação institucional estavam abertos a todos e se a norma alvejada tolhe a voz das minorias, restringindo-se, desta forma, a zelar pela observância do processo democrático, em cuja tarefa se insere a aferição do respeito aos direitos ligados à participação política e às “minorias insulares”.

Apesar de se comungar da premissa de que o controle de constitucionalidade deve se ater a tutelar as condições do processo democrático, e não a salvaguardar princípios de caráter pré-político ou suprapositivo (como preconiza, i.e., o jusnaturalismo), convém destacar que a teoria de John Hart Ely apresenta brechas perigosíssimas à perpetuação, na ordem jurídica, de atos ofensivos à dignidade humana e, por assim dizer, a pressupostos não procedimentais da democracia. Isto porque o Autor torna incensuráveis decisões majoritárias que, apesar de se manterem indiferentes aos direitos de participação política e das minorias insulares, veiculam indisputável violação a valores tão ou mais essenciais às democracias constitucionais contemporâneas do que a projeção da liberdade e da igualdade no processo político.

Por exemplo, a liberdade de religião, precisamente por não desempenhar uma função imediata na promoção da regularidade do processo político, estaria ao desabrigo de proteção constitucional contra a ação erosiva de maiorias ocasionais. O mesmo pode ser dito em relação a todos os demais direitos fundamentais que não sejam diretamente relacionados ao processo democrático, como, v.g.: a liberdade de escolha de profissão, a liberdade de ir e vir, os direitos à intimidade, à vida privada e à honra, enfim, às diversas dimensões da autonomia privada. A concepção de Ely afigura-se, portanto, excessivamente restritiva e incompatível com o caráter substantivo, e não meramente procedimental, da Constituição de 1988. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 211 et. seq.

função que desempenham na sociedade. Consideram-se, nesta perspectiva, incluídos no âmbito de proteção superconstitucional do art. 60, p. 4, IV, da CF/88, as liberdades fundamentais ligadas direta ou indiretamente à regularidade do processo democrático, o mínimo existencial, os direitos políticos e à nacionalidade, e os direitos difusos e coletivos.

Tal perspectiva conflui com uma interpretação sistemática e teleológica da expressão “direitos e garantias individuais”²⁹ inserta no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988. Com efeito, no seguinte item serão expostas, de forma sistematizada, as principais correntes que se digladiam no constitucionalismo pátrio, com ênfase na discussão sobre a inclusão, ou não, dos direitos sociais no aludido rol, com o escopo de demonstrar a pertinência do emprego do liberalismo-igualitário na construção de parâmetros para uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna.

2. O âmbito e a natureza da proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988, e os direitos sociais.

Há forte controvérsia doutrinária a respeito da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV). A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo, poderiam ser considerados cláusulas intangíveis todos os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, tendo em vista veicularem, na forma do capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias individuais eleito pelo

²⁹ Cabem aqui alguns esclarecimentos conceituais a respeito do significado que a doutrina vem atribuindo a expressões como direitos fundamentais, humanos, de defesa, prestacionais, gerações de direitos, etc. Ingo Sarlet salienta que a expressão “*direitos fundamentais*” costuma ser usada para designar os direitos fundamentais positivados em sede das Constituições dos Estados, enquanto *direitos humanos* assumem conotação genérica ou específica para designar os direitos positivados em tratados internacionais. Já os *direitos naturais* vinculam-se, especificamente, à fundamentação conferida pelo jusnaturalismo aos direitos humanos (em sentido genérico), enquanto os *direitos de defesa e prestacionais* distinguem-se quanto à sua estrutura e função: os primeiros impõem, em regra, ao Estado uma prestação negativa, uma abstenção; já os últimos uma prestação estatal positiva, de fazer ou de dar. Especificamente no tocante ao termo *geração* de direitos, alguns autores (v.g.: Ingo Sarlet) evitam a sua utilização, em virtude de denotar uma superação da geração anterior pelo advento de uma nova, idéia que se revela, frontalmente, incompatível com a noção de complementaridade e indivisibilidade que vem se afirmando contemporaneamente, mormente no plano internacional. Todavia, esclarecido que o uso do termo não tem o condão de conduzir a tal ilação, mas tão-somente de contextualizar o momento da sua concepção, não se vislumbra qualquer dificuldade em sua utilização, inclusive porque se trata de denominação consagrada na doutrina especializada. V. SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

constituente, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania. Milita contra esta interpretação de caráter literal uma série de argumentos.

Inicialmente, cumpre salientar que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica,³⁰ revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada, à vista (i) da fluidez semântica e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição (art. 5, § 2º), e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.³¹ De parte isto, a exegese em exame redundaria na exclusão do elenco de cláusulas intangíveis dos direitos sociais, dos direitos políticos e dos direitos à nacionalidade, e na inclusão de normas de baixa densidade axiológica, como as relativas ao reconhecimento da instituição do júri (XXVIII), forma de cumprimento de penas privativas de liberdade (XLVIII), espécies de penas criminais (XLVI), etc., as quais melhor se amoldariam a normas infraconstitucionais.³²

Uma segunda perspectiva considera que, ao aludir especificamente aos “direitos e garantias individuais”, o constituinte o fez com o intuito de restringir a condição de cláusula de eternidade aos “direitos e garantias individuais propriamente ditos”,³³ na esteira da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Portuguesa (arts. 79, III e 290, respectivamente).³⁴ Assim, somente gozariam do *status* de cláusula pétrea as ditas “liberdades fundamentais”, porquanto, ao impingirem ao Estado o implemento de prestações negativas, estariam vinculadas ao núcleo essencial do Estado de Direito

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

³¹ Quanto ao último aspecto, convém destacar que a Constituição emprega, por exemplo, as seguintes expressões: “direitos e garantias fundamentais” (Título II), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), direitos sociais (Capítulo II do Título II), “direitos políticos” (Capítulo IV do Título II), “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (art. 5, p. 1), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5, LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF), “direito público subjetivo” (especificamente em relação à educação fundamental – art. 208, p. 1), e “direitos humanos” (art., 4, III, art. 5, p. 3 e 109, p. 5, os dois últimos introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

³² Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. **Os limites da revisão constitucional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 21, out./dez. (1997), p. 69/91.

³³ MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 85/86.

³⁴ MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 86.

(limitação jurídica do poder estatal), para além de possuírem coerência e uniformidade obtidas pelo evoluir da história constitucional de diversos países.³⁵ Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g.: as liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical e os direitos políticos e à nacionalidade), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos e coletivos.

Todavia, parece-nos correta a doutrina majoritária ao salientar que o constituinte de 1988 conferiu o *status* de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “dimensão”, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais. Isto porque o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto a ação erosiva do constituinte-reformador (art. 60, § 4º, IV), caracteriza-se pela unicidade.³⁶ Com efeito, de uma leitura sistêmica da Constituição de 1988 não se verifica hierarquia jurídica ou mesmo axiológica entre direitos de defesa e prestacionais, ou de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais. Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e da interdependência das “gerações” ou dimensões de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos.³⁷

No que tange, especificamente, aos direitos sociais, é bem de ver que a Constituição de 1988, desde o seu preâmbulo, deixa claro que o Estado Democrático de Direito por ela instituído ostenta uma inequívoca dimensão social, já que se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”. A conjugação dos valores da liberdade e

³⁵ MENDES. Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 86; COSTA e SILVA, Gustavo Just da. **Os limites da Reforma Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 2000, p. 121, cabendo destacar que Costa e Silva considera os direitos sociais limites implícitos ao poder de reforma.

³⁶ SARLET, Ingo W. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo W.. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 58.

³⁷ Neste sentido a posição oficial da ONU. Confira-se o art. 5, da Declaração Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

da igualdade prossegue ao longo do texto constitucional, como pode se inferir de um sem-número de dispositivos constitucionais.³⁸

Note-se que, para além de contrastar com uma leitura sistemática do direito constitucional positivo, a inclusão apenas dos direitos à liberdade no rol dos direitos e garantias individuais, ante a circunstância de eles se consubstanciarem em direitos a prestações estatais negativas, promove uma equívoca associação absoluta entre direitos da liberdade e direitos de defesa, e direitos sociais e direitos prestacionais, respectivamente. Embora os direitos da liberdade apresentem, preponderantemente, uma dimensão negativa, porquanto impõem ao Estado um dever de abstenção, tais direitos dão azo, ainda que subsidiariamente, ao dever de o Estado implementar prestações positivas com o fito de evitar que terceiros³⁹ ou fenômenos naturais⁴⁰ prejudiquem a efetiva fruição do direito. Para além disto, dentre os direitos sociais estão inseridos típicos direitos de defesa, de que são exemplos paradigmáticos as chamadas “liberdades sociais”, como o direito de greve (art.9º), à livre associação sindical (art. 8º, *caput*), e à vedação à discriminação nas relações de trabalho (art. 7, XXX, XXXI, e XXXII). Diante da associação apenas contingencial entre direitos sociais e direitos prestacionais, parece escorreita a seguinte assertiva de Ingo Sarlet:

A denominação direitos fundamentais sociais encontra a sua razão de ser na circunstância - comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa - de que todos

³⁸ Com efeito, a conjugação dos valores da liberdade e da igualdade se verifica, v.g., no art. 1º, que, em seus incisos III e IV, arrola a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no art. 3 (incisos I, II, III e IV), o qual insere entre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre as finalidades e os princípios gerais da ordem econômica, por sua vez, encontram-se a valorização do trabalho humano, a busca da existência digna e da justiça social, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, V, VI, VII e VIII).

Para além disto, a positivação de um amplo rol de direitos sociais no art. 6º - educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados -, os quais foram desenvolvidos, detalhadamente, nos arts. 193 a 214, associada à sua inclusão em capítulo inserto no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, e não mais no alusivo à ordem econômica e social, como era da tradição do nosso constitucionalismo, consiste em relevante indício da vontade do constituinte de atribuir-lhes a nota de jusfundamentalidade.

³⁹ A respeito da Teoria dos Deveres de Proteção, ver HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999., p. 278/287.

⁴⁰ Cf. SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights – why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000.

consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.⁴¹

Ora, diante do que se expôs, revela-se inequívoca a preocupação do constituinte de 1988 em veicular um projeto de transformação social destinado, precipuamente, a promover a libertação da opressão social e da necessidade, de que nos falara Jorge Miranda. Não se nega, entretanto, que a efetivação dos direitos sociais de defesa e prestacionais apresentam distinções importantes, notadamente em virtude de os últimos pressuporem, em maior medida, a implementação de custosas políticas públicas que, em um contexto de escassez de recursos, sujeitam-se a inevitáveis limitações financeiras.⁴² Ocorre que, no plano específico das limitações materiais ao poder de emenda, soa puramente ideológica a pura e simples exclusão dos direitos sociais prestacionais do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a Constituição de 1988 reconhece e acomoda em seu texto diversas categorias de direitos, promovendo um “compromisso maximizador” entre elas.⁴³ É bem de ver que, se, por um lado, vislumbra-se um vínculo de pressuposição recíproca entre direitos de primeira e segunda geração - basta pensar na inutilidade da tutela jurídica das liberdades civis a quem não possui condições materiais mínimas para usufruí-las, no amesquinamento da liberdade de expressão de um analfabeto, etc. -; por outro, se verificam espaços de tensão e conflito entre os direitos fundamentais, cumprindo ao intérprete dirimi-los topicamente, através do mecanismo da ponderação de interesses.

Da análise concertada do direito constitucional positivo parece lícito concluir que uma teoria constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais deve se caracterizar por sua multifuncionalidade, “para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 149.

⁴² Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 40.

dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.”⁴⁴ Em meio às diversas ilações que podem ser extraídas desta assertiva, uma se revela de transcendental importância para este estudo: a restrição da eficácia superconstitucional às liberdades civis se funda em leitura isolada e literal do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, e em premissa ligada a perspectiva segundo a qual o liberalismo oitocentista via os direitos fundamentais (recentemente resgatada pelo libertarianismo), a qual não se afigura constitucionalmente legítima, porquanto a Constituição de 1988 não albergou a referida teoria em caráter exclusivo e na pureza dos seus delineamentos originais.

Apesar de a composição majoritária do STF não haver adotado, expressamente, a tese de que os direitos fundamentais de distintas gerações são cláusulas pétreas, da sua jurisprudência são extraídos indícios de que flerta com a sua aceitação. De fato, na ADI 939-DF o STF declarou a inconstitucionalidade da EC n.º 03/93 com base em direito previsto fora do catálogo constitucional de direitos fundamentais (anterioridade tributária: art. 150, III, b, CF/88), evidenciando não adotar a tese que restringe o rol de cláusulas pétreas aos incisos do art. 5º. Na ocasião, o Ministro Carlos Velloso considerou cláusulas intangíveis os direitos de distintas “gerações”.⁴⁵

No que tange à inclusão dos direitos sociais no elenco das cláusulas pétreas, destaque-se a ADI n. 1946/DF⁴⁶, na qual o STF interpretou o art. 14 da EC n. 20/98 em conformidade à Constituição com o fito de excluir a licença à gestante do teto de benefícios previdenciários por ele instituído. Asseverou o Supremo, com precisão, que a inclusão da licença à gestante no teto implicaria discriminação da mulher no mercado de trabalho (em violação ao art. 7º, XXX, CF/1988), visto que o empregador dificilmente contraria mulheres para funções cuja remuneração superasse o teto, pois no período de gozo da licença teria que pagar a diferença entre os valores da remuneração integral e do teto. Ainda que tenha aludido ao princípio da não-discriminação entre homens e mulheres no mercado de trabalho, parece claro que o STF afastou interpretação de dispositivo de emenda constitucional que atingia o núcleo essencial do direito à licença à gestante, o qual, desde há muito, é considerado um benefício previdenciário, e, por conseguinte, um

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 522.

⁴⁵ ADI n. 939-DF, STF, Tribunal Pleno, RTJ 151, p. 830.

⁴⁶ RTJ 186: 472/479.

direito social. Tão importante quanto o que se acabou de expor foi a circunstância de o STF não haver embasado a invalidação da referida exegese na simples supressão de direito inserto no art. 7º, mas na imprescindibilidade da manutenção da licença-maternidade para a preservação da vedação à discriminação de trabalhadores em virtude do sexo, a qual, evidentemente, se consubstancia em condição necessária ao tratamento de homens e mulheres com igual consideração e respeito. Resta nítido, portanto, que o STF não atribuiu a condição de cláusula pétrea pela sua formal positivação no título II da Constituição (alusivo aos direitos e garantias fundamentais), mas pelo seu conteúdo, ou mais precisamente, pelas repercussões deletérias da sua revogação para a proteção de direito materialmente fundamental. Do exposto, afigura-se lícito concluir que, embora o STF não tenha afirmado, explicitamente, que os direitos sociais são cláusulas pétreas, o acórdão em exame sugere que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, para dizer o mínimo, simpatiza com a respectiva tese.

Além da divergência acima sintetizada a respeito do *âmbito de proteção* do art. 60, § 4º, IV, CF/88, há também controvérsia sobre *a natureza ou a intensidade da tutela superconstitucional* conferida pelo mencionado dispositivo. A propósito, colocam-se as seguintes questões: as emendas constitucionais podem alterar os dispositivos que prevêm as respectivas cláusulas? Em caso positivo, só são admissíveis emendas que aumentem o grau de proteção das cláusulas pétreas ou emendas restritivas também são toleradas? Caso se responda afirmativamente também a esta questão, qual(is) o(s) limite(s) à restrição das cláusulas pétreas?

A resposta à primeira pergunta há de ser positiva. Com efeito, a moderna hermenêutica jurídica vem afirmando que, enquanto o dispositivo é objeto da interpretação, a norma é o seu resultado, ou seja, o sentido construído pelo intérprete a partir do dispositivo. Daí não haver coincidência entre dispositivo e norma.⁴⁷ A eficácia protetiva das cláusulas pétreas contra as emendas refere-se, portanto, à norma de direito fundamental e não ao dispositivo que a prevê, de modo que o simples fato de uma emenda alterar a redação dos respectivos dispositivos não implica, inarredavelmente, a

⁴⁷ V. ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22/23. No plano específico dos limites ao poder de reforma, v. BRANDÃO, Rodrigo. **Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais**. In: Revista de Direito do Estado n.º 06 – abril/junho 2007, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109/145.

sua inconstitucionalidade. Ao contrário, não há óbice a que sejam desenvolvidos ou modificados os textos normativos, desde que preservada a essência da norma objeto da proteção.⁴⁸

Quanto à segunda indagação, já em 1995 Flávio Bauer Novelli, na esteira de Klaus Stern, interpretava a expressão “*tendente a abolir*” (art. 60, § 4º) como impeditiva somente de emendas que suprimissem, destruíssem, ou privassem o direito fundamental de qualquer sentido útil, enfim, que tocassem no seu núcleo essencial,⁴⁹ por via direta ou por via oblíqua. Desta forma, restrições não invasivas do cerne dos direitos fundamentais podem ser toleradas,⁵⁰ assim compreendidas aquelas incidentes sobre aspectos marginais da norma, que não se confundem com os seus elementos essenciais.⁵¹ De fato, se mesmo as leis podem restringir direitos fundamentais, quando tal providência for fruto de uma ponderação proporcional entre a norma objeto da restrição e outro princípio constitucional,⁵² parece evidente que emenda constitucional igualmente poderá fazê-lo. Todavia, o princípio da proteção do núcleo essencial não é o único limite às restrições às cláusulas pétreas. Também são considerados “limites dos limites” os princípios da proporcionalidade, da isonomia, e da clareza e da determinação mínimas da restrição (corolários da segurança jurídica).⁵³ Portanto, observados esses limites na hipótese

⁴⁸ SARLET, Ingo W. “Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988”. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 12, n. 46, jan/março/2004, p. 66; MENDES, Gilmar Ferreira. **Plebiscito – EC 2/92** (Parecer), Revista Trimestral de Direito Público, 7 (1994), p. 119/120.

⁴⁹ NOVELLI, Flavio Bauer. “Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2, p. 2, da EC n. 3/93.” Revista Forense, vol. 330, (1995), p. 63/89.

⁵⁰ SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 142.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. . **Plebiscito – EC 2/92** (Parecer), p. 119/120. Sobre as diversas teorias acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SILVA, Virgílio Afonso da. “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais” In: Revista de Direito do Estado n.º 04, Rio de Janeiro: Renovar; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 241/285.

⁵² V. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

⁵³ Sobre os “limites dos limites”, ver MENDES, Gilmar Ferreira. **Os limites dos limites**. In: Mendes, Gilmar Ferreira; et al. *Heremênutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Especificamente no plano das emendas constitucionais, ver BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; Id. **Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais**. In: Revista de Direito do Estado n.º 06 – abril/junho 2007, Rio de Janeiro: Renovar, p. 109/145.

concreta em exame, emendas constitucionais restritivas de cláusulas pétreas devem ser consideradas constitucionais.

3. Globalização econômica, realinhamento constitucional e inclusão dos direitos sociais no núcleo intangível da Constituição de 1988

A globalização econômica veio a agravar a crise do Estado do Bem-Estar social, instalada, sobretudo, a partir das duas crises do petróleo ocorridas na década de setenta. Se já neste período se constataria que o *Welfare State* se expandira exageradamente, demonstrando incapacidade para desempenhar, de modo satisfatório, o amplo leque de atividades que chamara para si, a globalização econômica, ao subordinar cada vez mais a capacidade de investimento público a fluxos de capitais voláteis e “apátridas”, reduziu a capacidade do poder público de garantir aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais,⁵⁴ notadamente os sociais, que, em virtude dos seus propósitos de redistribuição de riqueza, pressupõem a implementação de custosas políticas públicas (aspecto promocional).⁵⁵

De fato, a mobilidade dos meios de produção, a volatilidade do capital financeiro e a carência de normas coercitivas no plano internacional destinadas à proteção dos países em vias de desenvolvimento, viabilizam que empresas transnacionais elejam os Estados cujas leis lhes sejam mais favoráveis, circunstância que torna, precisamente, os países que mais precisam daqueles aportes de capitais reféns dos investidores estrangeiros.⁵⁶ Assim, a transnacionalização do capital e dos meios de produção põe em xeque a própria capacidade de o Estado-Nação estabelecer políticas sociais e trabalhistas, deslocando, em boa medida, a capacidade de formulação de políticas públicas a arenas privadas

⁵⁴ FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica: implicações e perspectivas. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 127.

⁵⁵ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 275.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais e globalização econômica: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional**.

supranacionais, que tendem a guiar-se segundo a lógica capitalista da otimização dos lucros.⁵⁷

A circunstância de a globalização econômica se consubstanciar em fenômeno histórico inevitável e irreversível, decorrente do “espantoso avanço tecnológico no campo da informática e das telecomunicações (que) encurtou distâncias, ampliou mercados, homogeneizou costumes e diluiu a importância das fronteiras nacionais”,⁵⁸ não deve obscurecer o substrato ideológico que a ela subjaz. Neste diapasão, se verificou que nos anos seguintes ao segundo pós-guerra nutria-se profunda confiança acerca da capacidade de o Estado atuar como agente propulsor e interventor no processo econômico, mercê de forte consenso obtido na teoria econômica acerca do pensamento keynesiano. Todavia, a partir do final da década de setenta (v.g. eleições de Margareth Thatcher (1979) e de Ronald Reagan (1980)) ganham força concepções neoliberais ou libertárias,⁵⁹ as quais sustentam que o Estado do Bem-Estar Social, e as suas técnicas dos monopólios estatais e da nacionalização das mais variadas empresas fracassaram, redundando em estagnação econômica, ineficiência governamental, déficit público, inflação, etc.⁶⁰

⁵⁷ FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e integração regional. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica, e integração regional: desafios do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 105. Há farta literatura acerca dos impactos da globalização econômica sobre o conceito de soberania. A propósito, ver IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

⁵⁸ SARMENTO. Op. cit., p. 1.

⁵⁹ Sobre o libertarianismo, conferir, v.g., HAYEK, Friedrich A. von. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. São Paulo: Visão, 1985; Volume 1. Normas e ordem; Volume 2: A miragem da justiça social ; Volume 3. A ordem política de um povo livre; Id. **O Caminho da Servidão**. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1977; Id. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983; FESER, Edward (ed.) **The Cambridge Companion to Hayek**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991; WOLFF, Jonathan. **Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State**. Stanford: Stanford University Press, 1991; BOAZ, David. **Libertarianism**. New York: The Free Press, 1998; DUNCAN, Craig; MACHAN, Tibor **Libertarianism: for and against**. R. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

⁶⁰ Cite-se, a propósito, a emergência da Nova Direito na Inglaterra e nos Estados Unidos, com as eleições de Margareth Thatcher (1979) e de Ronald Reagan (1980), e o receituário denominado de “Consenso de Washington”. Cuida-se, a propósito, de conjunto de medidas propostas por grupo de economistas do governo dos EUA, do Banco Mundial, e do FMI, destinado a debelar a inflação e a estabilizar os sistemas financeiros nacionais, através, v.g., da liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, corte das despesas sociais, etc. V. GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. São Paulo: Editora UNESP, 1995. p. 44/52; VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. Direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 40/41; SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo**. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998. p. 17/19.

Assim, são estimulados movimentos de desestatização, de flexibilização da Administração Pública e de redução do déficit público (especialmente o previdenciário) que intentam equilibrar o orçamento dos Estados e, sobretudo, liberar a economia das ingerências normativas do poder público, as quais, para além de arbitrárias, descoordenariam a “ordem natural” do mercado e sufocariam a liberdade, na medida em que substituiriam o sistema de preços - assim compreendida a impessoal atribuição de valor aos bens sociais pelo exercício da liberdade negocial, diante das informações reveladas pelos preços sobre os desejos e as necessidades dos indivíduos -, pelas decisões de uma autoridade central. Sustenta-se, no limite, a adoção de um Estado mínimo, que restrinja a sua atuação coercitiva à tutela dos direitos individuais em face da ingerência ilegítima de quem quer que seja, de maneira a jungir-se a prestar serviços ligados a segurança interna e externa, a jurisdição e demais atividades destinadas à preservação da vida, da liberdade e da propriedade. Caso, todavia, desempenhe serviços destinados à redistribuição de riqueza, fundados numa aceção substantiva de igualdade, notadamente através do reconhecimento e da efetivação de direitos a prestações estatais positivas (i.e. direitos sociais), procederá de forma legítima, imiscuindo-se na esfera juridicamente protegida dos demais indivíduos.

A onda neoliberal, contudo, “pegou o constitucionalismo brasileiro no contrapé”.⁶¹ Consoante salientado no antecedente item, a Constituição de 1988 longe está de rezar na cartilha neoliberal de Hayek e Nozick, porquanto não se consubstancia em Constituição-Garantia, típica do constitucionalismo liberal, que se limita a estruturar o Estado e a garantir os direitos de defesa, sinalizando pela adoção de uma postura absenteísta do Estado no domínio das relações econômicas, mas, antes, veicula genuíno projeto de transformação social, inserindo no seu núcleo de identidade a adoção de um Estado Social e Democrático de Direito, bem revelado nas suas cláusulas transformadoras, como, por exemplo, o art. 3º, III, que persegue a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais.⁶²

⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 40.

⁶² BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do nada). In: *In: A Constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 168 e ss. Bercovici, por sua vez, afirma que a cláusula transformadora “explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, impede que a constituição considerasse realizado o que ainda está

Para além disto, é característica marcante da nossa Constituição a sua prolixidade e casuísmo. A influência dos “ventos liberalizantes” no bojo de uma Constituição com tais características não poderia deixar de resultar num realinhamento constitucional, realizado a partir de 1995, sobretudo através das Emendas Constitucionais n.º 6 e 7, relativas à superação de determinadas restrições ao capital estrangeiro, e das Emendas Constitucionais n.º 5, 8 e 9, que flexibilizaram monopólios estatais sobre o gás canalizado, telecomunicações e petróleo. Após a inserção da iniciativa privada em setores antes reservados ao poder público, verificou-se uma segunda leva de emendas destinadas à flexibilização da administração pública e dos regimes previdenciários, por intermédio de medidas concebidas com o escopo de garantir maior eficiência e redução de gastos⁶³ no âmbito da administração pública e do sistema de previdência social (especialmente as Reformas Administrativa e Previdenciária veiculadas pelas EC n.º 19 e 20, ambas de 1998, e, mais recentemente, a segunda Reforma Previdenciária, implementada pela EC n. 41/03).

Segundo leitura recorrente no direito brasileiro, tais emendas seguiram o receituário conhecido como “Consenso de Washington”,⁶⁴ pois segundo a típica retórica da globalização: “[O] capital internacional só irá se interessar por investir num determinado território se houver um conjunto de condições adequadas, que vão no sentido da desregulamentação, da flexibilização da legislação social, da ampla liberdade de movimentação de capital, previsibilidade e minimização dos custos fiscais e da estabilidade monetária, que por sua vez exige redução dos gastos públicos e equilíbrio fiscal. Esta a cartilha. Como no Brasil muitas destas questões encontram-se na Constituição, esta a direção das reformas.”

por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado.”

⁶³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do estado e a constituição brasileira**. Textos para discussão, n. 1, Brasília: ENAP, 1995.

⁶⁴ Cuida-se de medidas propostas por grupo de economistas do governo dos EUA, do Banco Mundial, e do FMI, destinado a debelar a inflação e a estabilizar os sistemas financeiros nacionais, através, v.g., da liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, corte das despesas sociais, etc. V. VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. Direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 40/41. Especificamente sobre o Consenso de Washington, cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo**. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998. p. 17/19.

Três aspectos do que se expôs merecem destaque: (i) o substrato libertário da globalização econômica tende a uma redução dos serviços públicos prestados pelo Estado, chegando-se, no limite, ao Estado mínimo; (ii) a busca de diminuição de gastos públicos e de equilíbrio fiscal pode conduzir a uma redução dos direitos sociais assegurados no art. 6º e desenvolvidos nos arts. 194 a 217 da Constituição de 1988; (iii) o esforço para minorar o chamado “custo Brasil” aponta no sentido da flexibilização dos direitos trabalhistas consagrados, de forma bastante ampla, nos trinta e quatro incisos do art. 7º. Restam, portanto, as seguintes indagações: (a) até que ponto podem as emendas constitucionais reduzir o “tamanho” do Estado do Bem-Estar Social brasileiro, bem como alterar os métodos por meio dos quais o Estado intervém na economia?; (b) reformas constitucionais que suprimam qualquer direito social seriam inescapavelmente inconstitucionais?

Quanto à primeira questão, verifica-se no direito público brasileiro clara polarização. Por um lado, sustenta-se a inconstitucionalidade das alvitradas emendas, por se cuidarem de suposta imposição de doutrina libertária pelos principais *players* da globalização, a qual, para além de caracterizar postura servil incompatível com a soberania do povo brasileiro, desnaturaria o Estado do Bem-Estar Social instituído pela Constituição de 1988, que, por consistir no seu núcleo de identidade, revestir-se-ia da condição de cláusula pétrea. De outra banda, há aqueles que aplaudem as alterações constitucionais em foco, considerando-as absolutamente necessárias, sob o argumento de promoverem a adaptação do Estado brasileiro às inequívocas exigências de uma complexa economia globalizada.

Todavia, a questão alusiva à intensidade e ao modo de intervenção do Estado na economia consiste em matéria que é objeto de intensa e intrincada disputa entre doutrinas econômicas dos mais variados matizes, as quais, à míngua da viabilidade da obtenção de um consenso sobreposto, devem disputar no processo político o beneplácito da vontade popular majoritária.⁶⁵ Cuida-se, portanto, de questão politicamente contingente, sobre a qual não se afigura possível a obtenção de um consenso entre doutrinas econômicas razoáveis, razão pela qual deveria ser decidida pelas maiorias políticas, ao invés de se entrincheirar na constituição uma concepção particular.

⁶⁵ Cf. seção 1.

Assim, a criação de monopólios estatais, as restrições ao capital estrangeiro, a disciplina da administração pública e da previdência social não se inserem no conceito de elementos constitucionais essenciais, parecendo, inclusive, recomendável que fossem decididas pelo direito infraconstitucional. Porém, há que se reconhecer que o processo constituinte brasileiro foi marcado por uma forte desconfiança do legislador, de maneira que diversas normas que não são materialmente constitucionais - inclusive as mencionadas acima - foram incluídas no corpo da constituição, devendo se admitir que a sua alteração exigia, de fato, a aprovação de emenda constitucional, como consectário natural do princípio do paralelismo das formas. Trata-se de reflexo do que se chamou de prolixidade do constituinte,⁶⁶ ou, em outras palavras, de processo de “ordinarização” ou de “codificação” da constituição.⁶⁷

Entretanto, o que se revela bastante preocupante é a tentativa de entrincheirar-se não apenas no texto constitucional, mas no rol de cláusulas intangíveis, uma determinada doutrina econômica. Se a primeira hipótese já apresenta dificuldades de compatibilização com a democracia, tendo em vista a exigência de supermaiorias para alterar-se a constituição, a segunda se revela inequivocamente antidemocrática, pois a supressão do núcleo essencial de cláusula pétrea só pode ser feita mediante a edição de uma nova lei fundamental, cujas inconveniências práticas podem obstaculizar a alteração desejada pela vontade majoritária do povo em um determinado momento histórico.

A bem da verdade, as EC n.º 5 a 9, 19 e 20 não podem ser analisadas isoladamente, senão examinadas no contexto mais amplo da Reforma do Estado que se verificou no Brasil ao longo da década de 90,⁶⁸ a qual pretendia suplantar o antigo

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**, 4ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁶⁷ Já tivemos a oportunidade de nos manifestar acerca das conseqüências do aludido processo de ordinarização da constituição no que tange à intensificação do grau de rigidez de um regime constitucional concreto. V. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁸ Destaque-se o Plano Nacional de Desestatização – PND: Lei n.º8031/1990 alterada pela Lei n.º 9491/1997; a criação do Conselho de Reforma do Estado pelo Decreto n.º 1738/1996; o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/1990); a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8884/1994); Lei de Concessão de Serviços Públicos (Lei n.º 8987/1995); Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n.º 9784/1999); além da criação das agências reguladoras independentes, v.g., Agência Nacional de Telecomunicações, de Energia Elétrica, do Petróleo, de Vigilância Sanitária, de Saúde Suplementar, de Águas, de Transportes Aquáticos, de Transportes Terrestres, do Cinema, bem como a transformação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência

modelo de intervenção estatal na economia, caracterizado pelo planejamento econômico, pela participação direta do Estado Empresário no setor produtivo de bens e serviços (através, v.g., das empresas estatais e dos monopólios públicos), e pela centralização do poder de definir políticas públicas no seio de uma burocracia administrativa unitária e centralizada em torno da figura do Presidente da República.

Na verdade, buscou-se a substituição deste desenho institucional pelo modelo do Estado Regulador que, inspirado nos movimentos de privatização ocorridos na Europa a partir da década de oitenta e de desregulação e re-regulação que tiveram lugar nos EUA no mesmo período, redimensiona a atuação do Estado como agente regulador da economia, visto que, (i) através das privatizações de empresas estatais e da intensificação da concessão de serviços públicos à iniciativa privada, *substitui as técnicas administrativas de planificação da economia e de controle de preços, pela regulação baseada na correção de falhas do mercado*, ampliando os mecanismos de defesa da concorrência e do consumidor; e, (ii) mediante a criação de agências reguladoras independentes, busca alterar um sistema decisório fundado numa administração pública unitária e centralizada no Presidente da República por uma administração pública policêntrica, caracterizada pelo acolhimento em seu seio de vários núcleos de poder com autonomia decisória e dotados de instrumentos de decisão colegiada.⁶⁹

Afigura-se clara a relação que pode ser estabelecida entre o novo Estado Regulador e o libertarianismo, destacando-se o reconhecimento da ação auto-interessada dos indivíduos não apenas no mercado, mas também na política, e a crítica formulada à técnica administrativa do *planejamento econômico* pelo Estado, através da concessão de subsídios governamentais a setores específicos da economia, normas de proteção comercial, e da atuação do Estado como empresário, na forma das políticas econômicas de “nacionalização” (v.g., empresas estatais e monopólios públicos). Todavia, as reformas regulatórias realizadas no Brasil estão longe de significar, conforme afirmam os seus detratores, o fim do Estado Social, ou, em outras palavras, a adoção da proposta libertária de um Estado Mínimo.

(CADE) em autarquias especiais com autonomia decisória. V. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O Novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

⁶⁹ Ver, por todos, MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit.

A bem da verdade, a partir da década de noventa vivenciou-se no Brasil uma alteração da preponderância das técnicas administrativas de regulação de economia: os referidos mecanismos de *planejamento econômico* perderam a primazia para as técnicas de *correção de falhas do mercado*. As últimas técnicas, apesar de estarem “associada(s), em geral, à idéia de que as “leis econômicas” de funcionamento dos mercados são o *padrão* de auto-organização da economia e que qualquer intervenção do Estado sobre o funcionamento do sistema econômico deve ser justificado como forma de correção de desvios em relação ao *padrão*”,⁷⁰ evidentemente não comungam das teses típicas do libertarianismo, como, p. ex., as que (i) negam a possibilidade de restrições à liberdade com lastro em considerações baseadas na igualdade ou na necessidade, e que (ii) afirmam que as intervenções estatais coercitivas no mercado, que não se destinem à tutela dos direitos à vida, liberdade e propriedade, violam os direitos naturais dos demais indivíduos.

Ao revés, a nova conformação do Estado Regulador revela-se absolutamente compatível com enérgicas políticas públicas de redistribuição de renda, pois a ação regulatória pode ser justificada pela pertinência de serem transferidos recursos de um grupo para outro.⁷¹ Citem-se, v.g., os casos de proteção de grupos vulneráveis, mediante a garantia de acesso de pessoas carentes a serviços e bens essenciais (p. ex., saúde, educação, renda mínima e demais benefícios de assistência social à hipossuficientes, etc.), a adaptação de serviços e equipamentos públicos a deficientes físicos, a proteção de empresas de pequeno porte, etc.

Ademais, o novo Estado Regulador, em oposição ao libertarianismo, não condena ao fracasso as intervenções estatais no mercado, por supostamente descoordenarem o sistema de preços enquanto processo impessoal de atribuição de valores aos bens sociais, nem mesmo as acusa de liberticidas, de modo a reduzir a atuação coercitiva do Estado à tutela dos direitos individuais. Ao contrário, são concebidas diversas técnicas pelas quais o Estado intervém coercitivamente no mercado para corrigir as suas falhas, como, v.g.: controle de monopólios naturais, através da atribuição de preços e de margens de lucro; controle de informações inadequadas fornecidas ao consumidor; eliminação de

⁷⁰ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit. p. 44.

⁷¹ SUSTEIN, Cass. **After the Rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 55.

“competição excessiva”, vedando-se preços predatórios e estimulando-se fusões e aquisições, etc; correção de problemas de ação coletiva, de externalidades negativas e da existência de custos de transação, como a criação de incentivos para que agentes consumidores de bens coletivos (i.e. água) não se guiem por uma lógica puramente privatística de maximização do bem-estar individual à custa do bem-estar coletivo, já que, à míngua de normas que determinem, p. ex., o suporte pelo empresário e pelos consumidores do custo com o tratamento de dejetos, dificilmente o valor do bem incorporaria os custos gerados, de forma difusa, pela atividade poluente à sociedade; etc.⁷²

A bem da verdade, tanto o Estado Empresário como o Estado Regulador moderno (ou em sentido estrito) são espécies do gênero Estado Regulador (em sentido lato), na medida em que ambos intervêm na economia para a redistribuição de renda e para a correção de malefícios para a coletividade advindos da atuação egoística dos indivíduos, em oposição ao Estado mínimo que, ao santificar as leis do mercado e ao absolutizar a propriedade e a liberdade, não tolera interferências estatais na “ordem espontânea” do mercado nem restrições aos referidos direitos com fulcro em considerações ligadas à igualdade substantiva, à necessidade ou à solidariedade, exceto se destinadas a preservar os direitos à propriedade, à liberdade e à vida do exercício arbitrário da força.

A principal distinção entre os modelos dos Estados Empresário e Regulador (em sentido estrito) não reside, propriamente, nos seus fins - ambos buscam a garantia da autonomia individual e do bem-estar social dos seus cidadãos -, mas nos meios utilizados para a realização destas finalidades: respectivamente, (i) propriedade pública, planejamento estatal da economia e normas que, de cima para baixo, impõem ou vedam condutas, sob pena de aplicação de sanções; e (ii) prestação estatal de serviços essenciais (saúde, educação, previdência e assistência social) e/ou que envolvam o exercício do poder de império, correção de falhas do mercado, maior utilização da lógica de incentivo ao mercado em detrimento da coerção, etc.

Singularmente ilustrativo do que se expôs é o intenso antagonismo existente no debate acadêmico norte-americano entre os Estados Regulador e Mínimo, onde os libertários acusam os defensores da regulação estatal de menoscabarem a liberdade e a

⁷² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Op. cit.

propriedade privada e de descoordenarem as leis do mercado, enquanto estes destacam, em resposta, as falhas do mercado e a necessidade da sua correção pelo Estado.⁷³

Nada obstante o exposto, não se pretende defender o caráter constitucionalmente necessário seja do novo Estado Regulador, mercê de sua suposta eficiência, legitimidade e reverência à liberdade, seja de um modelo de Estado Social calcado na propriedade pública e no planejamento da economia, em virtude da sua relação com a busca de uma igualdade substantiva. Com efeito, não se deve santificar a qualidade deliberativa das decisões das agências reguladoras independentes (mercê do seu insulamento político e especialização) e do Parlamento (em virtude da sua legitimação democrática), nem se olvidar das suas possíveis vicissitudes – captura do poder decisório por minorias bem articuladas, decisões irracionais motivadas por circunstâncias instáveis e interesses particulares, etc.

Todavia, neste estudo não se pretende desenvolver uma teoria substantiva acerca da melhor forma de intervenção estatal na economia, maximizando a salvaguarda da liberdade individual e do bem-estar social, mas “desideologizar”, na medida do possível, o debate em torno dos limites materiais ao poder de reforma, de maneira a que o Judiciário possa identificar concretamente os seus contornos dentro de uma perspectiva de neutralidade política, limitando-se, assim, a tutelar as condições da democracia - objeto de consenso sobreposto entre doutrinas razoáveis - em face das emendas constitucionais.

Deve-se, portanto, evitar a tentação de proceder à espécie de “captura doutrinária” do sentido das cláusulas pétreas, assim entendida a tentativa de imunizar do processo político majoritário, sob o pretexto de interpretar as cláusulas intangíveis, uma doutrina econômica particular, sem recair, contudo, no risco inverso, qual seja, o de admitir a constitucionalidade da imposição por maiorias eventuais de doutrina econômica que malfira a liberdade individual ou prejudique o fornecimento pelo Estado de condições materiais mínimas àqueles que, pelas adversidades da vida, não lograram obtê-las por seus próprios meios, pois a Constituição de 1988 conferiu a ambas o *status* de cláusula pétrea.

⁷³ V. SUSTEIN, Cass. Op. cit.

Assim, nem uma concepção estatizante de Estado do Bem-Estar Social, positivada originalmente na CF/88, nem o atual Estado Regulador, podem se dizer albergados pela eficácia protetiva contra emenda constitucional; ao contrário, a decisão relativa à intensidade e às formas de intervenção estatal na economia, de forma a maximizar a proteção da liberdade individual e a satisfação de um nível mínimo de seguridade social, compete às maiorias políticas, após amplo debate público e verificação empírica das potencialidades e vicissitudes de cada modelo, desde que respeitadas as condições da democracia, sobretudo as liberdades fundamentais e o mínimo existencial.

Deste modo, as referidas emendas constitucionais, apesar de reduzirem o “tamanho do Estado”, e enfatizarem as técnicas de correção de falhas de mercado em detrimento das de planejamento econômico, não desnaturaram a dimensão social do Estado brasileiro delineado pela Constituição de 1988, pois permanecem em vigor cláusulas transformadoras (busca da justiça social, da redução das desigualdades sociais, etc.), os direitos sociais prestacionais do indivíduo e os correlatos deveres de o Estado implementar políticas públicas que garantam a satisfação de necessidades básicas do indivíduo (v.g. educação, saúde, previdência e assistência social, habitação, cultura), etc. Assim, a atual conformação do Estado brasileiro distancia-se bastante do Estado mínimo preconizado pelos libertários, cuja instituição, aliás, somente seria possível caso o povo brasileiro derrubasse a Constituição de 1988, vez que os direitos sociais, ao menos no que toca à garantia do mínimo existencial, foram erigidos à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV).⁷⁴

No que toca, precisamente, à definição dos direitos sociais intangíveis ao poder de reforma constitucional, pode parecer, à primeira vista, conveniente adotar uma concepção panfletária no sentido de que, em defesa do caráter solidário da Constituição de 1988 em face dos nefastos efeitos da referida ideologia neoliberal, deveria admitir-se, por exemplo, que todos os direitos previstos nos incisos do art. 7º ostentariam o especial *status* de cláusula pétrea. Cremos, todavia, que tal exegese ampliativa do âmbito de proteção superconstitucional da Constituição de 1988 redundaria em atar as mãos da

⁷⁴ SARLET, Ingo W. “Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Ano 12, n. 46, jan/março/2004; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

geração atual, privando-a da prerrogativa de eleger as normas que se lhe afigurem mais apropriadas diante de um contexto histórico específico, especialmente em momentos de crise.

Entretanto, já se teve a oportunidade de rechaçar a posição diametralmente antagônica, segundo a qual apenas os direitos da liberdade se consubstanciariam em cláusulas de eternidade, permitindo que todo e qualquer direito social possa ser suprimido pelo constituinte reformador. Tal concepção se alicerça em compromisso com o liberalismo econômico que, embora encontre eco na comunidade financeira internacional que conduz o processo de globalização, não foi adotado pelo povo brasileiro no processo altamente deliberativo que deu origem à Constituição brasileira. Para além disto, na precedente seção foi defendida a tese de que os direitos sociais que se destinem a prover aos cidadãos condições materiais mínimas (mínimo existencial) são dotados de fundamentalidade material e, por conseguinte, de proteção superconstitucional.

Cumpra tentar, novamente, “desideologiar” o debate, bem como buscar solução intermediária, porquanto aqui a virtude, como sói acontecer, parece residir no meio. Infelizmente, não é esta atitude que costuma ser encontrada no debate jurídico brasileiro, no qual ainda se apresenta o hábito de inflamar auditórios de congressos com murros na mesa e palavras de ordem. A exegese que nos parece, a um só tempo, metodologicamente conseqüente, consistente com o direito constitucional positivo sem se perder num apego à sua letra fria, compatível com o direito de autodeterminação da geração atual sem colocar em risco a satisfação de necessidades materiais mínimas para uma vida digna, decorrente, enfim, de uma interpretação teleológica e sistemática do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, consiste em considerar que os direitos sociais materialmente fundamentais (insertos no conceito de mínimo existencial), são limites substantivos ao poder de reforma, enquanto os demais não ostentariam esta especial dignidade normativa.

Para fins ilustrativos, cumpra indagar se é compatível com o princípio democrático atribuir a condição de cláusulas pétreas aos direitos de os empregados participarem dos lucros e da gestão das empresas respectivas (XI) e de receberem em suas férias um terço a mais que o salário normal (XVII). Parece-nos que não. Todavia, afigura-se absolutamente compatível com o princípio democrático atribuir o *status* de superconstitucionalidade, por exemplo, ao salário mínimo e ao piso salarial (IV e V); à

irredutibilidade do salário (VI); à garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, àqueles que percebam remuneração variável (VII); à proteção do salário (X); ao gozo de férias remuneradas (XVII); à licença à gestante (XVIII); à aposentadoria (XXIV); à proibição de diferença de trabalhos, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil (XXX); à proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador por motivo de deficiência (XXXI), etc.⁷⁵

Poder-se-ia objetar à categorização acima empreendida que ela própria estaria a violar o princípio democrático, pois o seu autor teria se substituído ao constituinte na identificação dos direitos fundamentais. Nada obstante se reconheça a força, quando menos aparente, do argumento, cumpre retrucar aduzindo que a diferença entre os elencos consiste no grau de vinculação dos respectivos direitos com valores colocados pelo próprio constituinte no ponto mais alto da hierarquia axiológica que se depreende da sua obra.

Com efeito, embora a confirmação desta assertiva em relação a cada um dos direitos arrolados dependa de um exame mais aprofundado, que transcende o objeto do presente estudo, parece lícito afirmar que, enquanto os direitos insertos no primeiro rol não se consubstanciam em garantias fundamentais à preservação da dignidade do trabalhador na relação de emprego, bem como à igualdade entre os empregados, os direitos incluídos na segunda lista ostentam esta especial dignidade normativa. Desta feita, a supressão dos direitos do segundo rol poderia apresentar o risco de expor o trabalhador à situação degradante de ver-se compelido a vender a sua força de trabalho por condições que, somente o desespero em preservar a sua subsistência e a da sua família poderiam justificar. Assim, para além de guardarem íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, tais direitos podem ainda ser concebidos como condições da democracia, na medida em que consistem em projeções nas relações de trabalho da premissa do tratamento estatal dos cidadãos com “igual respeito e consideração”.

Note-se, portanto, que o nível de exposição ao maior poderio econômico do empregador, decorrente da não-proteção dos aludidos direitos, poderia apenas ser justificada por teses libertárias (v.g.: a proteção ao trabalhador desestimula o crescimento

⁷⁵ Destaque-se que este rol não é exaustivo, mas apenas revela exemplos de direitos materialmente fundamentais do trabalhador.

da economia, e, via de conseqüência, prejudica o próprio trabalhador, pois gera desemprego; os direitos fundamentais se limitam aos direitos a prestações estatais negativas, etc.). Todavia, tal postura demissionária do Estado na proteção do indivíduo em face da opressão advinda de outro indivíduo (*in casu*, defesa do empregado em face do empregador), contrastaria com a dimensão social da Constituição de 1988, que, como visto, se insere no seu núcleo de identidade, para além de implicar a supressão de direitos sociais materialmente fundamentais, de modo a violar o art. 60, §. 4º, IV. Soa óbvio, portanto, que uma descaracterização tão profunda da Constituição de 1988 e dos pressupostos da democracia constitucional brasileira não poderia ser promovida por emenda constitucional, senão por nova manifestação do poder constituinte originário, a qual se espera – oxalá – nunca ocorra.

Antes que se atribua ao subscritor deste trabalho a pecha de neoliberal, deve-se reiterar uma advertência. A defesa da tese de que os direitos despidos de fundamentalidade material podem ser suprimidos pelo constituinte derivado, não implica, em absoluto, que se sustente que o Congresso Nacional deva aprovar emenda constitucional destinada a suprimi-los, mas tão-somente que ele pode, de modo constitucionalmente legítimo, fazê-lo, o que é substancialmente distinto. Ao contrário, se fosse membro do Congresso Nacional defenderia, ardorosamente, em sua tribuna, que não é propriamente a generosa concessão de direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição a grande culpada pelo papel coadjuvante desempenhado pelo Brasil como *player* na economia mundial contemporânea.

Ainda que no plano político possa se opor a emenda constitucional supressiva dos direitos insertos no primeiro rol, na qualidade de juiz não parece constitucionalmente legítimo valer-se deste *munus* para invalidar a alvitrada emenda constitucional, aprovada que foi, apesar dos evidentes efeitos eleitorais maléficos (ao menos a curto prazo), pela supermaioria de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado, em dois turnos de votação (art. 60, p. 2, da CRFB/88), sem que se verificasse coeficiente mínimo de fundamentalidade do direito em questão, ou mesmo uma decisão clara e inequívoca do constituinte em conferir-lhe o status de cláusula pétrea.⁷⁶ Ao déficit de

⁷⁶ Advertência similar foi lavrada por James Bradley Thayer, com lastro em voto do Justice Thomas Cooley, em artigo clássico publicado na Harvard Law Review de 1893, que tanto influenciou a doutrina da

legitimidade democrática dos juízes se soma a compressão excessiva do espaço de deliberação das gerações supervenientes à constituinte, a evidenciar a incompatibilidade da multicitada interpretação judicial extensiva do art. 60, § 4º, IV, com o princípio democrático.

Por fim, resta indagar se emendas supressivas de direito inserto no art. 7 ou, de forma mais ampla, se emendas restritivas de direitos sociais não vinculados à satisfação de necessidades básicas do indivíduo violariam, ou não, o princípio da “vedação do retrocesso”, o qual, embora citado em diversos contextos, é objeto de profunda incompreensão no direito brasileiro. Especialmente no âmbito da prática jurídica, difunde-se um conhecimento vulgar em cujo âmbito o princípio em tela é argüido com vistas à declaração da inconstitucionalidade de uma alteração normativa que alguém reputa ruim ou prejudicial aos seus interesses: trata-se de um “retrocesso”, alega o opositor. Tal “concepção” da vedação do retrocesso se afigura, *permissa venia*, precária, colocando-se, claramente, em rota de colisão com a democracia,⁷⁷ já que não se pode obstaculizar a implementação de visões majoritárias acerca do melhor conteúdo do direito positivo apenas pelo fato de elas se distanciarem da minha concepção particular, sem que se verifique inconstitucionalidade ou, mais especificamente, supressão de direitos fundamentais.

Conforme leciona Canotilho, o princípio da proibição do retrocesso deve ser assim formulado: *“o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”,*

autorestrição judicial (*judicial self-restraint*), ao delinear, de forma reduzida, o escopo do controle de constitucionalidade das leis, notadamente no que toca à preservação de todas as escolhas legislativas dotadas de racionalidade, nas hipóteses em que a Constituição admitir diferentes interpretações. À guisa de comentário a tal princípio de interpretação constitucional, salienta: “The meaning and the effect of it are shortly and very strikingly intimated by a remark of Judge Thomas Cooley, to the effect that one who is a member of a legislature may vote against a measure as being, in his judgment, unconstitutional; and, being subsequently placed on the bench, when this measure, having been passed by the legislature despite of his opposition, comes fore him judicially, may there find it his duty, although he has in no degree changed his opinion, to declare it constitutional ...”. THAYER, James Bradley. **The origin and the scope of the American doctrine of constitutional law.** Harvard Law Review 129 (1893), p. 606, em cuja epígrafe consta a seguinte frase: “Qualquer escolha que seja racional é constitucional”.

⁷⁷ Para uma crítica ao princípio da proibição do retrocesso à luz do princípio democrático, conferir LEAL, Rogério S. *Direitos Sociais e Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Disponível em <http://www.ufrgs.br>. Consulta em 02.02.2008.

“revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade (possibilidade de lei revogar lei) encontram limitação no núcleo essencial de direito social já realizado.⁷⁸

A lógica do princípio é simples: em vista de as normas constitucionais definidoras de direitos sociais trazerem em si imposições legislativas, por gerarem ao legislador o dever de implementá-los progressivamente, de acordo com as possibilidades financeiras do país, uma vez concretizado o núcleo essencial de um direito social pela edição de uma lei “regulamentadora”, os direitos sociais, para além do seu natural *status positivus* (direitos a prestações estatais positivas), assumiriam também um *status negativus*. Isto porque produziriam o efeito de bloquear a edição de norma que, simplesmente, revogasse a lei anterior, sem substituí-la por medida alternativa, retornando-se à “estaca zero” a concretização legislativa do direito social em tela, ou, em outras palavras, a um estado de inconstitucionalidade por omissão que já havia sido superado.

Na hipótese, justifica-se o excepcional impedimento de que o legislador revogue lei por ele próprio editada, já que a lei anterior, ao realizar o núcleo essencial de uma norma constitucional definidora de direito social, em concretização legislativa em torno da qual é construído um consenso básico na consciência jurídica geral a respeito de tratar-se de um legítimo desenvolvimento do direito constitucional, integra o conceito de constituição material,⁷⁹ por um processo de mutação constitucional por ação legislativa.

Ademais, a pura e simples revogação de lei concretizadora do núcleo essencial de direito fundamental tende a violar a segurança jurídica, visto que tal princípio não se restringe à vedação de normas *retroativas*, que suprimam direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada constituídos no passado, mas também inquina a validade de normas *prospectivas* que se qualifiquem como *retrocessivas*, por fraudarem a legítima expectativa de continuidade da ordem jurídica criada pelos próprios atos do

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 327.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2 ed.. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 411/413; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 4 ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 398-399.

Poder Público, numa espécie de autovinculação imposta pelo princípio da proteção da confiança,⁸⁰ do qual a vedação do retrocesso é corolário.

Disto se infere a falta de lastro constitucional de uma versão “forte” ou “engajada” do princípio da vedação do retrocesso, a qual sustenta a invalidade de qualquer lei que, à guisa de alterar lei anterior, diminua o grau de proteção - em qualquer que seja a intensidade - de direito social já concretizado legislativamente. O princípio da vedação ao retrocesso não veda que se dê qualquer passo atrás na efetivação de um direito social, ou que sejam transferidos recursos de uma política pública para outra; se assim fosse, tal “princípio” estaria, inevitavelmente, em rota de colisão com o princípio democrático, pois implicaria o congelamento de um determinado aparato de seguridade social que, evidentemente, se guia por uma ideologia particular. Evidentemente que a imunização de um determinado plano de governo contrastaria com o caráter aberto da Constituição de 1988, que erigiu o pluralismo político a objetivo fundamental da República, notadamente quando transladada do plano das leis para o das emendas constitucionais, ou seja, quando destinado a negar a validade não de lei que concretize direito social em menor medida que a anterior, mas de emenda constitucional de idêntico jaez.

A forma de compatibilização do princípio da vedação ao retrocesso com o caráter aberto e plural da Constituição de 1988 se dá através da sua limitação ao impedimento de emendas cuja restrição aos direitos sociais toque no seu núcleo essencial, ou que, apesar de não chegar a atingi-lo, não se justifica mediante uma ponderação entre o direito objeto da restrição e outro direito fundamental ou norma constitucional. Tal ponderação, como sói acontecer, deve se guiar pelos princípios da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), pela isonomia (vedam-se restrições casuísticas, que discriminem arbitrariamente pessoas) e pela segurança jurídica (as restrições devem ser veiculadas por emendas com clareza e determinação mínimas, inviabilizando-se que determinada autoridade restrinja direitos sociais tão-somente com lastro em conceitos jurídicos indeterminados, como, i.e., “interesse público”).

⁸⁰ Recentemente vem se afirmando, igualmente, a tutela jurídica de determinadas hipóteses de expectativa de direito, como, p. ex., direito a regras de transição razoáveis quando da alteração de regimes jurídicos)

Avulta a importância desta assertiva no plano específico da análise da constitucionalidade de emendas constitucionais, pois, além de o quorum de três quintos e os dois turnos de votação exigir um consenso mais sólido no seio do Congresso Nacional do que o atingido com a aprovação de lei, o art. 60, p. 4 nega validade apenas a emendas que sejam “tendentes a abolir” cláusulas pétreas, e não quaisquer emendas que as restrinjam, independentemente do grau da restrição.⁸¹ Deve-se reconhecer, contudo, que o ônus argumentativo incumbe ao Poder Público, no sentido de que, ao propor projeto de emenda constitucional restritivo de direito social, deve comprovar, cabalmente, que tal projeto, para além de justificar-se mediante ponderação com outro princípio constitucional, respeita os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da segurança jurídica.

⁸¹ V. parte final do item dois, quando é abordada a questão afeta à intensidade da proteção conferida pelas cláusulas pétreas.