

Os Direitos Fundamentais Sociais e o Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito (Universidade de Munique, Alemanha), Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS e na Escola Superior da Magistratura (AJURIS), Juiz de Direito no RS.

SUMÁRIO: Considerações introdutórias: situando o problema e delimitando o âmbito do estudo; 1 O problema dos limites materiais à reforma da Constituição: considerações gerais a respeito de sua natureza, funções e formas de manifestação; 1.1 Limites materiais expressos e implícitos à reforma da Constituição; 2 “Cláusulas pétreas” e direitos fundamentais: os direitos sociais como limites materiais à reforma constitucional; 2.1 São os direitos fundamentais sociais limites materiais à reforma constitucional? 2.2 Alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais sociais pelas “cláusulas pétreas”; Considerações finais.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: SITUANDO O PROBLEMA E DELIMITANDO O ÂMBITO DO ESTUDO

Que os direitos fundamentais, em virtude principalmente da sua dupla fundamentalidade formal e material – que lhes assegura uma normatividade reforçada relativamente às demais normas constitucionais,¹ reclamam também uma especial proteção da ordem jurídica, pena de restar esvaziada a sua particular dignidade no âmbito da arquitetura constitucional, constitui – de modo geral – premissa praticamente não contestada no âmbito da teoria constitucional contemporânea. Com efeito, consoante assinalado em outra oportunidade,² verificou-se que um dos esteios da fundamentalidade (formal

1 Cf., paradigmaticamente, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 503 e ss.

2 Cf., o nosso, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 80 e ss. A respeito deste aspecto convém sinalar que se é verdade que os direitos fundamentais, por estarem protegidos contra uma supressão ou mesmo alteração por parte do poder de reforma constitucional (que atua sobre a Constituição escrita) são – também neste sentido – formalmente fundamentais, também é

e material), ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais (ou, pelo menos, parte dos mesmos, segundo entendem alguns setores da doutrina) sido expressamente erigidos à condição de “cláusula pétrea”, integrando o rol do art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limites materiais à reforma da Constituição.

Que estamos diante de um tema de inequívoca atualidade e relevância, já é perceptível a partir do fato de que – pelo menos entre nós – vivenciamos um acentuado anseio reformista (do que dá conta a edição de algumas dezenas de emendas constitucionais),³ com reflexos inevitáveis na seara dos direitos fundamentais em geral, mas que se manifestam com particular impacto no que diz com os direitos sociais, estes muitas vezes acusados de causarem a “ingovernabilidade” da nossa República, acarretando um deslocamento ilegítimo e (no nosso entender) também infundado de perspectiva. Com efeito, o que se verifica, é que é justamente nesta esfera – diretamente vinculada ao papel do Estado na promoção da justiça social – que se percebe com particular agudeza o impacto da globalização econômica e do ideário neoliberal sobre as Constituições e o Direito de cada Estado da comunidade internacional (citem-se aqui e exemplificativamente apenas a abertura ao capital estrangeiro, as privatizações e as reformas administrativa e previdenciária, sem que se vá aqui examinar os aspectos negativos e positivos de cada modificação já efetuada), notadamente sobre os países em desenvolvimento e com menor poder de barganha e resistência. Os exemplos já referidos podem ser multiplicados e revelam, de modo incontestável, que o processo da globalização econômica, bem como os seus subprodutos (notadamente nos seus aspectos negativos), atinge em cheio a ordem jurídico-constitucional,⁴ inclusive no que diz com o direcionamento e conteúdo das reformas constitucionais.⁵ Apenas para não deixarmos completamente intocado este ponto, convém lembrar, neste contexto, a oportuna advertência de DIETER GRIMM, destacado publicista e antigo integrante do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, no sentido de que a discussão em torno da reforma de uma Constituição apenas faz sentido após a resposta de duas questões preliminares, quais sejam, o que as Constituições devem fazer e o que elas podem alcançar, em suma, que se

correto afirmar que a existência de limites materiais à reforma é indicativo de uma fundamentalidade material, que diz com a salvaguarda do núcleo essencial da Constituição material.

- 3 Demonstrando a trajetória reformista ao longo da história constitucional brasileira, MARIA GARCIA, A constituição desconstituída: as emendas e o cânone constitucional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 33, p. 79 e ss., também aponta, com perspicácia, para a questionável constitucionalidade e duvidosa consistência técnico-legislativa do teor de expressivo número de emendas promulgadas, especialmente após a Constituição de 1988.
- 4 A respeito do impacto da globalização econômica sobre a ordem jurídica nacional, v., entre nós, a paradigmática e profunda análise de JOSÉ EDUARDO FARIA, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999, especialmente o estudo introdutório (p. 13-58).
- 5 Versando justamente sobre o ponto, v., entre nós, EDUARDO KROEFF MACHADO CARRION, *Reforma constitucional e direitos adquiridos e outros estudos*, Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 43 e ss.

responda a pergunta sobre quais efetivamente são as funções de uma Constituição.⁶ Com efeito, não se deveria desconsiderar a importância, também entre nós, do debate em torno de quais as funções da nossa Carta Magna, já que das respostas a essa pergunta em muito depende a discussão em torno de quais as reformas (e qual o seu respectivo alcance) eventualmente necessárias.⁷

Ainda no âmbito da delimitação do objeto do presente estudo, cumpre sinalar – como, de resto, já deflui das considerações anteriores – que, não obstante estarmos tratando também de uma das modalidades da mudança constitucional, considerada no seu sentido mais amplo, deixamos de adentrar o igualmente fascinante e espinhoso terreno das assim designadas mudanças informais da Constituição (ou mutações constitucionais),⁸ de tal sorte que ficaremos adstritos ao plano da reforma constitucional, considerada aqui como instrumento da mudança formal da Constituição, no sentido de alterações, acréscimos e/ou supressões que afetam o texto da Carta Magna (e que, portanto, operam no plano da Constituição escrita) pelos mecanismos ordinários e/ou extraordinários disponíveis para tanto.

6 Cf. DIETER GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 315, em instigante ensaio que ostenta o título “Funções da Constituição e Reforma da Lei Fundamental” (*Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform*).

7 A respeito das funções da Constituição (e das Constituições em geral) na era da globalização, bem como no que diz com a reflexão sobre o próprio papel a ser exercido pelo Direito Constitucional, igualmente existe farta literatura. No que interessa especificamente aos direitos sociais e a atuação do Estado e das Constituições no âmbito da promoção da justiça social (o que envolve o entre nós tão acalorado – embora, por vezes, exagerado – debate em torno dos rumos da assim designado constitucionalismo dirigente), confirmam-se os trabalhos de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, especialmente p. 1275-83 e 1331-51, além do prefácio elaborado pelo mesmo autor para a segunda edição da sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Almedina, 2001, revisando substancialmente os fundamentos da sua concepção anterior, tal qual plasmada na primeira edição, de 1982. Entre nós, v. GILBERTO BERCOVICI, “A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142 (1999), p. 41 e ss.; JOSÉ EDUARDO FARIA, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13-58; PAULO BONAVIDES, *Do país constitucional ao país neocolonial. A derrubada da constituição e a reconstrução pelo golpe de estado institucional*, São Paulo: Malheiros, 1999; JOSÉ LUI BOLZAN DE MORAIS, “Constituição ou Barbárie”. In: INGO WOLFGANG SARLET (org.), *A constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 11-24; JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO (org.), *Canotilho e a constituição dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002 (obra que retrata a discussão do ilustre constitucionalista de Coimbra com um seleto grupo de juristas nacionais sobre o tema), além da recente e notável contribuição de LENIO LUIZ STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 59-126, propondo um resgate e reafirmação da noção de supremacia da Constituição e um constitucionalismo compromissário-dirigente adequado aos países periféricos.

8 A respeito da mudança constitucional, dentre a farta literatura já produzida no comparado, v. o clássico e paradigmático ensaio de GEORG JELLINEK, *Reforma e mutación de la constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (traduzida por CHRISTIAN FÖRSTER do original alemão “Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung”, de 1906, com erudito estudo preliminar de PABLO LUCAS VERDU), distinguindo a reforma constitucional (como sendo a modificação voluntária dos textos constitucionais) da mutação constitucional (tida como a modificação não necessariamente consciente da Constituição e que não altera o seu texto). Entre nós, a produção da primeira monografia específica publicada a respeito das assim designadas mudanças informais da Constituição, coube, provavelmente, a ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Processos informais de mudança da constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986. Mais recentemente, v. o contributo de UADI LAMMÊGO BULOS, *Mutação constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997.

Assim, cientes que uma análise mais abrangente da problemática ora posta não prescinde de uma incursão também por tais aspectos (entre outros tantos que ainda poderiam ser colacionados), mas tendo em conta até mesmo o espaço físico disponível para o presente ensaio, limitar-nos-emos a uma análise dogmática e, portanto, jurídico-constitucional da reforma constitucional propriamente dita e dos seus respectivos limites. Nesse contexto, propomo-nos a revisitar e rediscutir dois pontos que julgamos essenciais e que continuam a gerar acirrada controvérsia, isto sem falar nas suas conseqüências práticas, inclusive no que diz com o controle jurisdicional da constitucionalidade das emendas constitucionais: a) a controvérsia a respeito de serem os direitos fundamentais sociais limites materiais à reforma constitucional; b) no caso de uma resposta afirmativa ao questionamento anterior (e esta é precisamente a tese que pretendemos sustentar, na esteira do que já havíamos feito em outra ocasião)⁹ resta analisar qual o alcance da proteção outorgada pelo Constituinte aos direitos fundamentais sociais, isto é, até que ponto os mesmos são absolutamente “intocáveis” ou comportam algum tipo de ajuste e/ou restrição. Certos de que mesmo com essas limitações não poderemos fazer muito mais do que lançar algumas considerações de cunho mais genérico e exploratório, esperamos pelo menos contribuir ativamente para o aperfeiçoamento do debate permanente travado a respeito do tema, seja no âmbito doutrinário, seja na esfera jurisdicional ou legislativa.

1 O PROBLEMA DOS LIMITES MATERIAIS À REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DE SUA NATUREZA, FUNÇÕES E FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

Ainda que estejamos a singrar por mares “muito dantes navegados”, já que a questão dos limites à reforma constitucional constitui certamente um dos temas mais discutidos da teoria da Constituição, sempre vale retomar alguns aspectos, ainda que em caráter meramente introdutório da análise do problema específico do nosso ensaio, que, de resto, igualmente nada tem de novo, muito embora esteja sempre de novo na ordem do dia e nos esteja a lançar permanentemente novos desafios. Também a controvérsia em torno dos limites às modificações (formais e informais) da Constituição radica na distinção traçada entre o Poder Constituinte e o poder de reformar a Constituição, já que esta é quem nos conduz inexoravelmente ao problema dos limites estabelecidos pelo próprio Constituinte para eventuais alterações

9 Cf. O nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 363 e ss. Em verdade, retomaremos neste breve ensaio boa parte do conteúdo do capítulo versando sobre a “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais (2ª parte, item 3.6) da obra referida, priorizando, contudo, os dois questionamentos formulados acima, mas com substancial reformulação do texto, notadamente mediante a introdução de nova doutrina, jurisprudência, além de argumentos adicionais, já que se cuida, em última análise, de temática que merece ser constantemente revisitada e reavaliada.

na (e da) Constituição formal. Enquanto o Poder Constituinte originário costuma ser caracterizado como incondicionado, autônomo e ilimitado (pelo menos no que diz com o Poder Constituinte Formal),¹⁰ o Poder Constituinte Reformador revela-se um poder juridicamente limitado, distinguindo-se pelo seu caráter derivado e condicionado e sujeito às restrições previstas pelo Constituinte. Nesse sentido, há quem qualifique o Poder Constituinte originário como sendo uma potência – no sentido de um poder pré–(ou meta) jurídico, e, portanto, formalmente (juridicamente) ilimitado e incondicionado¹¹ – ao passo que Poder Reformador assume a feição de uma competência, já que juridicamente vinculado às normas de competência, organização e procedimento ditadas pelo primeiro (a potência).¹² É precisamente nesse contexto e sentido que a lição de NELSON SALDANHA se amolda como uma luva, já que para o ilustre jusfilósofo de Recife o poder reformador é, de certo modo, um poder *reconstituente* (um poder de natureza cirúrgica), no sentido de que refaz uma Constituição já feita, sendo, de outra parte, um *poder demiúrgico*, que – por não ser um poder criador – não pode alterar toda a Constituição,¹³ razão pela qual a existência de limites materiais se revela como ínsita ao próprio sistema constitucional.

A partir do exposto, percebe-se que é justamente a existência de normas limitativas da reforma constitucional que demonstra claramente que, mesmo após a entrada em vigor da Constituição, o Poder Constituinte originário continua a se fazer presente (no sentido de que, de algum modo, segue vinculando os poderes constituídos), já que, do contrário, poderia vir a depender do Legislador Constituinte (aqui compreendido como o poder de reforma da Constituição).¹⁴ Importa, de tal sorte, que se tenha sempre

10 Bem lembrando a necessária diferença entre os poderes constituintes material e formal, apenas este sendo ilimitado (isto é, não sujeito a limites e condições impostos pela ordem jurídica) v. EDUARDO KROEFF MACHADO CARRION, *Reforma constitucional e direitos adquiridos...*, p. 17 e ss., apresentando sintética mas elucidativa distinção. Igualmente sustentando que o Poder Constituinte Originário não atua com independência absoluta em relação a alguma experiência constitucional v. a lição de NELSON SALDANHA, *O poder constituinte*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 84, que, de resto, tece outras considerações de relevo a respeito da natureza e dos limites do Poder Constituinte (especialmente p. 83 e ss.).

11 Não é à toa que muitos já aplicaram ao Poder Constituinte a famosa e multicitada fórmula de DE LOLME (que, no entanto, referia-se à supremacia do Parlamento na Inglaterra) como sendo um poder que tudo pode, salvo transformar uma mulher em homem e um homem em mulher (*The Parliament can do anything, but not change a man into a woman or a woman into a man*). Abstraindo o fato de que hoje até mesmo a possibilidade de mudança de sexo foi assegurada pela tecnologia e pelos avanços da medicina (tendo inclusive alcançado uma proteção jurídico-constitucional), certo é que a plástica frase de DE LOLME ainda segue reproduzindo, ao menos em boa parte e nos seus traços essenciais, o significado da noção de Poder Constituinte Originário, designadamente quando aplicada ao Poder Constituinte formal.

12 Cf. a clássica lição de CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución* [Verfassungslehre], Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1928, p. 114, a faculdade de reformar a Constituição é, como toda a faculdade constitucional, uma competência juridicamente regulada, isto é, em princípio limitada. Entre nós, adotando a distinção entre potência e competência Constituinte, v., por exemplo, EDVALDO BRITO, *Limites da revisão constitucional*, p. 71 e ss.

13 Cf. NELSON SALDANHA, *O poder constituinte...*, p. 87.

14 Cf., entre nós e dentre muitos, MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.

presente a noção de que também no direito constitucional pátrio o Legislador, ao proceder à reforma da Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, encontrando-se sujeito a um sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica superior no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional.¹⁵

Ainda nesse contexto, oportuno colacionar o magistério de KONRAD HESSE, que – a despeito de reconhecer que, em primeira linha, a garantia de permanência de uma determinada ordem constitucional reside na sua força normativa – sinala que o direito constitucional deve sempre portar em si mesmo as garantias de sua efetivação, mas também assegurar, desde logo, os meios para a proteção de seu conteúdo, o que abrange a previsão de mecanismos que garantem a Constituição contra ataques internos e externos.¹⁶ É justamente a já referida imposição de limites à reforma da Constituição (que podem ser de natureza diversa – formais, materiais, temporais e/ou circunstanciais – a depender de cada ordem constitucional concretamente considerada) que assume um papel de destaque na proteção da Constituição formal (escrita), mas que também reflete na Constituição material. A necessária possibilidade de alteração da Constituição (no nosso caso, por meio de emendas constitucionais) que se revela indispensável para o contínuo ajuste da Constituição formal à realidade constitucional, zelando pela inserção da Constituição no seu tempo e espaço, acaba sendo tão indispensável para a afirmação e manutenção de sua força normativa quanto o é a previsão de limites à reforma. Com efeito, vale lembrar aqui o magistério de JOHN RAWLS, destacando o que na sua ótica seriam, em síntese, as principais tarefas das emendas constitucionais: a) promover o ajuste dos valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação; b) incorporar à Constituição uma compreensão mais ampla e abrangente desses valores; c) aproximar a Constituição de suas promessas originais; e/ou d) ajustar as instituições constitucionais básicas à prática constitucional subsequente, de tal sorte a eliminar eventuais pontos fracos.¹⁷ Que as funções das emendas constitucionais – tal qual

133, embasado, tal qual a doutrina em geral, na doutrina de SIEYÈS e na elaboração teórica levada a efeito por CARL SCHMITT, ao lembrar que, onde subsiste um Poder Constituinte remanesce sempre também um mínimo de Constituição que não necessita ser afetado pela reforma constitucional, nem mesmo pela revolução e golpes de Estado (*Teoría de la constitución*, p. 106-7).

- 15 Neste sentido, v. a lição de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, nº 120 (1993), p. 168 e ss.
- 16 Cf. KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 288 (existe tradução de LUÍS AFONSO HECK para o português, publicada sob o título *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pela Editora Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre).
- 17 Cf. JOHN RAWLS, *O liberalismo político*, 2. ed., São Paulo: Ática, 2000, p. 289. Cumpre sinalar, neste contexto, que muito embora o renomado filósofo americano não tenha efetivamente desenvolvido uma

formuladas por RAWLS – revelam o quanto são corretas as considerações de DIETER GRIMM, referidas na introdução, prescindindo de maiores comentários.

Para além da existência de limites de ordem formal, temporal e circunstancial, todos agasalhados expressamente pela nossa vigente Constituição Federal de 1988 e que aqui não serão analisados,¹⁸ assume particular relevo – seja pela sua importância para a proteção da obra do Poder Constituinte Originário, seja pelo número de questões complexas e controversas que suscita – a previsão, também entre nós, de limites materiais à reforma constitucional, que, em síntese, objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais, ao menos de acordo com o entendimento do Constituinte. Nesse sentido, já se observou que, em virtude da ausência de uma fonte jurídico-positiva (em suma, de uma norma superior que lhe sirva de fundamento de validade), a vedação de certas alterações da Constituição tem os seus olhos sempre voltados para frente, já que o núcleo da Constituição atual passa, de certa forma (adquirindo permanência), a ser vigente também no futuro.¹⁹ A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte (ou aquilo que RAWLS designou de elementos constitucionais essenciais), evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar – consoante já lembrado na parte introdutória – na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão desses limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.²⁰

Outrossim, tomando-se o sistema jurídico – na concepção formulada por JUAREZ FREITAS – como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios e regras em cujo centro encontra-se a Constituição,²¹ verifica-se,

Teoria da Constituição e muito menos do Direito Constitucional, as referências feitas convergem basicamente com o que tem sido propugnado pela doutrina constitucional, além de evidenciarem, de modo emblemático, a necessidade e as principais funções da reforma constitucional.

- 18 A respeito dos limites ao poder reformador, v., no âmbito da manualística nacional, entre outros, além dos clássicos e indispensáveis contributos de JOSÉ HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de direito constitucional* (organizado e atualizado por MARIA GARCIA), Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 152 e ss.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67 e ss.; PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, a recente doutrina de ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49-50.
- 19 Esta a pertinente observação de PAUL KIRCHHOF, "Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten", In: JOSEF ISENSEE e PAUL KIRCHHOF (org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HBStR), v. I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, p. 779.
- 20 Cf. JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade, In: *Revista da AJURIS* nº 64 (1995), p. 207. Semelhantemente também CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, "Constituição e Mudança Constitucional...", In: RIL 120 (1993), p. 176.
- 21 Acompanhamos, neste ponto, o magistral e original conceito proposto por JUAREZ FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54, que define o sistema como sendo "uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição".

na esteira do magistério de ALEXANDRE PASQUALINI, que todo o sistema jurídico (sem prejuízo de sua simultânea abertura material e estabilidade) “reclama um núcleo de constante fixidez (cláusulas pétreas), capaz de governar os rumos legislativos e hermenêuticos não apenas dos poderes constituídos, mas da própria sociedade como um todo”.²² Assim, o que se constata, no fundo, é que o reconhecimento de limitações de cunho material significa que necessariamente o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador constitucional e, portanto, de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.²³

Tal constatação, aliás, não representa nenhuma novidade e já era sustentada ao tempo do surgimento das primeiras Constituições e das teorias a respeito do Poder Constituinte. Com efeito, enquanto nos Estados Unidos da América homens do porte de JEFFERSON e THOMAS PAINE pregavam a impossibilidade de os mortos poderem, por intermédio da Constituição, impor sua vontade aos vivos, o art. 28 da efêmera, mas, mesmo assim, paradigmática Constituição Francesa de 1793 estabelecia que “um povo sempre tem o direito de revisar, reformar e alterar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as gerações futuras às suas leis”.²⁴ Que dessas assertivas não há como deduzir que a Constituição possa ser suprimida pelas legislaturas ordinárias apenas mediante a observância do procedimento (ainda que agravado) previsto para a reforma, já havia sido objeto da percuciente e paradigmática reflexão de CARL SCHMITT, advertindo que o entendimento oposto (portanto, favorável à substituição da Constituição pelo Poder Reformador), e embasado no argumento do “porque não pode ser o que deve ser” conduz aqui a conseqüências manifestamente absurdas.²⁵ No mesmo sentido, vale reproduzir o magistério sempre atual de HESSE, lembrando que se é certo que uma Constituição não pode continuar em vigor mediante a simples vedação de determinadas reformas, caso ela já tiver perdido a sua força normativa, também é verdade que ela não poderá atingir as suas metas caso estiver à disposição plena dos poderes constituídos, já que “nesta

22 Cf. ALEXANDRE PASQUALINI, *Hermenêutica e sistema jurídico. Uma introdução à interpretação sistemática do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 80, o qual também lembra, oportunamente (e de modo convergente com a idéia de uma relação dialética e dinâmica entre permanência e mudança constitucional, tal qual suficientemente enfatizado) que o Direito “se constitui, ao mesmo tempo, em um lugar de preservação e de inovação”, de tal sorte que “sistema e abertura irmanam-se no preciso sentido de que, assegurando, a partir de dentro, a conservação e a mutação do ordenamento jurídico, culminam por preservá-lo, valendo-se sempre do seu próprio percurso lógico” (ob. cit., p. 78).

23 Neste sentido situa-se o entendimento de JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 995.

24 Cf. lição de PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 58-9.

25 Cf. CARL SCHMITT, *Teoria de la constitución*, p. 106.

hipótese o dispositivo sobre a reforma tornar-se-á o cerne da Constituição: a única coisa certa é que tudo poderá ser suprimido ou modificado.”²⁶

Assim, verifica-se – a partir do exposto – que o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equationamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição. Com efeito, se a imutabilidade da Constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável aprofundamento do descompasso em relação à realidade social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares. Os limites à reforma constitucional, de modo especial os de cunho material, traçam, nesse sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegais (nesse caso, inconstitucionais), de tal sorte que apesar de não terem o condão de impedir (mas evitar) a frustração da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução, poderão, em todo caso, retirar a esta a máscara da legalidade,²⁷ assim como da própria legitimidade, como convém acrescentar.

1.1 Limites materiais expressos e implícitos à reforma da Constituição

De acordo com as considerações tecidas no item anterior, restou evidenciado, ainda que embrionariamente, tanto em que consistem os limites materiais à reforma constitucional, quanto qual a sua razão de ser e suas finalidades. Com base especialmente na clássica e multicitada doutrina de CARL SCHMITT,²⁸ sustenta-se, também no âmbito da doutrina pátria, que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição, de tal sorte que a existência de limites materiais expressos exerce função de cunho protetivo, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, para além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais.²⁹ A prova da íntima relação entre os limites materiais à reforma constitucional e a identidade da Constituição reside no fato de que, em regra, os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, bem como a forma de Estado e de governo, encontram-se sob o manto desta especial (e expressa) proteção contra sua alteração e esvaziamento por parte do Poder Constituinte reformador,³⁰ o que também

26 Cf. KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, p. 292.

27 Cf. PAUL KIRCHHOF, “*Die Identität der Verfassung...*,” p. 790.

28 *Teoría de la Constitución*, p. 119 e ss.

29 Entre nós, vale citar, dentre tantos, GILMAR FERREIRA MENDES, *Limites da revisão...*, p. 250, que, neste contexto, também se reporta às lições dos alemães BRYDE e HESSE.

30 Neste sentido, v. M. A. RIBEIRO LOPES, *Poder constituinte reformador...*, p. 147. De acordo com a pertinente observação de GILMAR FERREIRA MENDES, *Limites da revisão...*, p. 251, inspirada nas lições de B.O.

ocorre na nossa atual Constituição, bastando aqui uma referência ao conteúdo ao seu art. 60, § 4º.³¹

De acordo com a pertinente lição de GILMAR F. MENDES, o fato de ter o Constituinte considerado certos conteúdos tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das “cláusulas pétreas”, leva à constatação de que justamente nesses dispositivos se encontram ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional,³² o que apenas vem a confirmar a diferença entre uma reforma e uma supressão da Constituição.³³ Em verdade, os limites materiais expressamente estatuídos pelo Constituinte podem ser designados como constituindo uma espécie de “sumário de toda a tradição constitucional democrática”,³⁴ o que não vem necessariamente a significar que – para além dos conteúdos elencados no respectivo elenco da Constituição (portanto, expressamente previstos) – não existam outros conteúdos alcançados pela proteção contra eventual reforma constitucional. Por outro lado, ainda que a própria existência de limites expressos tenha encontrado sensível resistência no seio da doutrina (nacional e alienígena, em particular) a sua inequívoca presença também na nossa Constituição – e isto (salvo a experiência do “Estado Novo”) desde o advento da primeira Carta da República – faz com que as teses contrárias – salvo no que diz com a discussão em nível acadêmico e com uma eventual decisão em sentido diverso pelo Poder Constituinte Originário – tenham perdido a sua força, de tal sorte que não é este o momento para uma análise mais detalhada das diversas posições.³⁵

O que importa colocar em destaque é, sem dúvida, a circunstância de que a existência de limites materiais expressamente previstos na Constituição (habitualmente denominados de “cláusulas pétreas”, “garantias de eternidade” ou “cláusulas de intangibilidade”) não exclui, por sua vez, outras limitações dessa natureza, que, por não consagradas

BRYDE, quando o Constituinte considerou determinados conteúdos da Constituição tão relevantes a ponto de colocá-los sob a proteção das assim denominadas “cláusulas pétreas”, é possível partir-se do pressuposto de que justamente nestes dispositivos se encontram ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional.

- 31 Registre-se que a nossa Constituição vigente contém o catálogo mais abrangente de limites materiais expressos à reforma constitucional no âmbito de nossa evolução constitucional. Com efeito, enquanto a Constituição de 1891 (art. 90, § 4º) continha a proibição de abolição da República, a Federação e a igual representação dos Estados no Senado Federal, a Constituição de 1934 (art. 178, § 5º) previa como limites materiais expressos apenas a República e a Federação. Já a Constituição de 1937, a exemplo do que já ocorrera com a Carta de 1824, não continha nenhum limite material expresso. No art. 217, § 6º, da Constituição de 1946, por sua vez, foram novamente protegidas a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-69 (art. 47, § 1º).
- 32 Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Limites da revisão*, p. 251, inspirado nas lições do publicista germânico B.O. BRYDE.
- 33 Cf. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, p. 123.
- 34 Cf. VITAL MOREIRA, *Constituição e Revisão Constitucional*, Lisboa: Editorial Caminho, 1980, p. 102, muito embora referindo-se ao caso de Portugal.
- 35 Para uma rápida mas clara exposição das diversas concepções a respeito, v., entre nós, UADI LAMÊGO BULOS, *Mutação constitucional*, São Paulo: Saraiva, p. 40 e ss.

no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais implícitos (imanescentes ou não-escritos).³⁶ Com efeito, também entre nós a doutrina majoritária – a despeito de importantes posicionamentos em sentido contrário³⁷ – reconhece a existência de limites materiais implícitos à reforma constitucional, não se registrando, contudo, unanimidade a respeito de quais sejam exatamente esses limites.³⁸ Nessa esfera, houve quem fizesse menção às lições dos constitucionalistas norte-americanos JOSEPH STORY e THOMAS COOLEY, salientando que o primeiro sustentava que a Federação não poderia ser abolida por meio de uma reforma constitucional, sendo que o segundo, além de desenvolver essa mesma idéia, advogava o ponto de vista de acordo com o qual o espírito da Constituição traçava certos limites implícitos às alterações da Constituição.³⁹ A doutrina dos limites implícitos costuma também ser reconduzida ao pensamento de CARL SCHMITT, já que a identidade da Constituição (independentemente de qualquer limitação expressa) jamais poderia vir a ser destruída por uma reforma constitucional.⁴⁰ Outro argumento em favor do reconhecimento dos limites implícitos pode ser extraído da monumental obra do publicista lusitano GOMES CANOTILHO, que chama a atenção para o risco de as Constituições, especialmente as que não contêm limitações expressas (cláusulas pétreas), se transformarem em Constituições provisórias, verdadeiras Constituições em branco, à mercê da discricionariedade do poder reformador.⁴¹ Ademais, consideramos que a razão está com os que advogam a tese de que os limites materiais expressos nada mais são do que a explicitação de limites que sempre deveriam ser considerados implícitos na Constituição, de tal sorte que a vantagem dos

36 Neste sentido já se posicionava o nosso clássico NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, p. 92 e ss.

37 Bastaria aqui mencionar, ficando apenas no âmbito da doutrina nacional e sem adentrar no exame de todos os argumentos colacionados, as posições de PONTES DE MIRANDA (dentre os “clássicos”) e de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, como representante da corrente doutrinária que atualmente critica o reconhecimento de limitações implícitas.

38 Aqui deixaremos de adentrar a discussão a respeito da existência de várias categorias de limitações não expressas, valendo-nos da fórmula genérica dos limites implícitos (ou imanescentes). Com efeito, para não deixarmos completamente em aberto este ponto, cumpre citar aqui o magistério de JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 995, sustentando a diferença entre o que designa de limites textuais implícitos (deduzidos diretamente do próprio texto constitucional, no sentido de subentendidos no mesmo) e os limites tácitos (que seriam os limites imanescentes numa ordem de valores pré-positiva).

39 Cf. a lembrança de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, p. 111, muito embora criticando a doutrina dos limites implícitos, especialmente em outros trabalhos, alguns dos quais citados ao longo deste texto.

40 Cf. entre outros, GILMAR FERREIRA MENDES, *Limites da revisão...*, p. 250. Para o próprio CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, p. 119 e ss., a faculdade (competência) de reformar a Constituição, embora extraordinária, não é ilimitada, já que qualquer alteração, acréscimo ou supressão do texto constitucional apenas pode ocorrer sob o pressuposto de assegurar a continuidade e garantia da Constituição, jamais podendo resultar na sua destruição ou supressão, entendimento do qual decorre a noção de que sempre as decisões políticas fundamentais (ainda que não havendo uma expressa vedação de sua supressão) estarão ao abrigo de uma reforma constitucional.

41 Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 996.

limites expressos consiste basicamente em impedir controvérsias a respeito de quais seriam os verdadeiros limites à reforma constitucional.⁴²

De outra parte, resulta evidente que a construção de uma teoria dos limites implícitos à reforma constitucional apenas pode ser efetuada à luz de determinada ordem constitucional (isto é, do direito constitucional positivo), no sentido de que as limitações implícitas deveriam ser deduzidas diretamente da Constituição, considerando-se especialmente os princípios cuja abolição ou restrição poderia implicar a ruptura da própria ordem constitucional.⁴³ Nessa mesma linha de entendimento, o clássico LOEWENSTEIN, igualmente reconhecendo a existência de limites implícitos (que também designa de tácitos ou imanentes) destaca que nessas hipóteses a proibição da reforma decorre do “espírito”, do “telos” da Constituição, independentemente de uma proclamação expressa.⁴⁴ Com isso perde em substância a argumentação dos que – alegando o arbítrio na identificação – repudiam os limites implícitos, já que – mesmo não havendo como afastar alguma dose de subjetivismo, a identificação de eventuais limitações não expressas, além de ter cunho excepcional e subsidiário (em relação aos limites expressos) estará sempre vinculada (no sentido de afinada) com o conteúdo da própria Constituição formal. No caso específico da Constituição Federal de 1988, basta um breve exame do elenco constante no art. 60, § 4º (que enuncia os limites expressos) para verificar o quão necessária se torna a admissão de limites implícitos, ainda mais considerando-se esses como desde logo subentendidos no sistema constitucional.

Voltando-nos agora, portanto, ao problema da identificação dos limites implícitos que harmonizam com o direito constitucional pátrio há que destacar, em primeiro plano, a impossibilidade de proceder-se a uma reforma total ou, pelo menos, de uma reforma que tenha por objeto os princípios fundamentais de nossa ordem constitucional, já que resultaria na sua destruição.⁴⁵ Aliás, aplicando-se efetivamente este princípio (inalterabilidade da identidade da Constituição), até mesmo a existência de limites expressos parece dispensável, já que os princípios e direitos fundamentais, assim como as decisões essenciais sobre a forma de Estado

42 Cf. o magistério de VITAL MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, p. 103.

43 Neste sentido, entre nós, a lição de CELSO RIBEIRO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 36. Também JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 995, parece comungar deste entendimento, sustentando que “a idéia de limitação do poder de revisão, no sentido apontado, não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas no texto constitucional. Desta forma, os limites materiais devem encontrar um mínimo de recepção no texto constitucional, ou seja, devem ser limites textuais implícitos.”

44 Cf. KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, 2. ed., Barcelona: Ariel, 1976, p. 189, lembrando, ainda, a conexão da noção de limites implícitos com a idéia de direito natural, no sentido da imunidade da qual certos valores gozam na ordem constitucional, sem que, contudo, o autor tenha admitido a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais (ob. cit., p. 192-3).

45 Cf., dentre outros e por todos, PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 178, que ainda refere a impossibilidade de vir o Poder Constituinte Reformador a substituir o Poder Constituinte originário.

e de governo, fatalmente não poderiam ser objeto de abolição ou esvaziamento. O próprio CARL SCHMITT já havia destacado que “as decisões políticas fundamentais da Constituição são assunto do Poder Constituinte do Povo e não pertencem às competências das instâncias autorizadas para reformar e revisar as leis constitucionais”.⁴⁶

Poder-se-á sustentar, na esteira desse entendimento, que todos os princípios fundamentais do Título I da nossa Constituição (arts. 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, todavia, que boa parte deles já foi contemplada no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, incisos I a IV, da Constituição de 1988. Ainda que se tenha como demasiada essa extensão dos limites materiais (o que se assume aqui apenas *ad argumentandum*), parece-nos que não se afigura razoável o entendimento de que a Federação e o princípio da separação dos poderes se encontram protegidos contra o Poder Constituinte reformador e o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda mais quando o mesmo assume relevantes funções autônomas e não apenas como núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando este for o caso.⁴⁷ Mais recentemente, sustentou-se – em nosso sentir, apropriadamente – a inalterabilidade da forma de governo republicana e do sistema presidencialista, argumentando-se, nesse sentido, que, com base na consulta popular efetuada em abril de 1993, a República e o Presidencialismo passaram a corresponder à vontade expressa e diretamente manifestada do titular do Poder Constituinte, não se encontrando, portanto, à disposição do poder de reforma da Constituição.⁴⁸ Ressalte-se, nesse contexto, que a decisão, tomada pelo Constituinte, no sentido de não enquadrar essas decisões fundamentais no rol das “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º), somada à previsão de um plebiscito sobre essa matéria, autoriza a conclusão de que se pretendeu conscientemente deixar para o povo (titular do Poder Constituinte) essa opção.⁴⁹

Já no que diz com os direitos fundamentais, que atualmente constituem limite material expresso (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal), aparentemente não subsistem razões para continuar a considerá-los limites

46 Cf. CARL SCHMITT, *Teoría de la constitución*, p. 122.

47 A respeito da dignidade da pessoa humana e suas diversas funções na ordem constitucional v. o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, onde sustentamos que a dignidade da pessoa, apesar de ser, em regra, o fundamento direto dos direitos fundamentais (que, neste sentido, possuem um conteúdo em dignidade) não se confunde necessariamente com o conteúdo essencial dos direitos, já que nem todos os direitos fundamentais – pelo menos não na nossa Constituição – constituem exigências diretas da dignidade da pessoa e, mesmo em sendo este o caso, o seu conteúdo em dignidade não será igual. Registra-se este aspecto, já que sempre se poderá argumentar que a dignidade da pessoa humana já estaria incluída na proteção atribuída aos direitos e garantias individuais, assegurados contra uma supressão pelo art. 60, § 4º, da Carta de 1988.

48 Cf. a posição de RAUL MACHADO HORTA, *Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 78/79 (1994), p. 15-6.

49 Cumpre lembrar que desde a Constituição de 1891 o princípio republicano marcou presença dentre os limites expressos à reforma constitucional.

implícitos, a exemplo do que ocorria no constitucionalismo pretérito.⁵⁰ Todavia, tal qual já havíamos anunciado na parte introdutória, segue controversa a inclusão de todos os direitos fundamentais no elenco dos limites materiais (expressos ou implícitos), já que a Constituição, em seu art. 60, § 4º, inciso IV, refere os “direitos e garantias individuais”, o que tem gerado, por parte de não poucos doutrinadores, uma negativa (ou, pelo menos uma certa reserva) em relação à condição de limites materiais à reforma constitucional por parte dos direitos fundamentais sociais. Cuida-se, contudo, de aspecto a ser versado em capítulo próprio, visto cuidar-se de um dos problemas centrais do nosso estudo.

Por derradeiro, ainda no que diz com a identificação de limites implícitos, verifica-se que também as normas sobre o Poder Constituinte e sobre a reforma da Constituição costumam ser enquadradas nessa categoria, de tal sorte que se pode sustentar, na esteira de expressiva doutrina, a impossibilidade de revisão das próprias “cláusulas pétreas” e até mesmo dos limites formais à reforma constitucional.⁵¹ Todavia, como se cuida de tema particularmente relevante e, além disso, objeto de significativa controvérsia, deixaremos aqui de desenvolver esse ponto. Além disso, importa deixar consignado, desde logo, que, pelo fato de serem necessária e diretamente extraídos de uma Constituição concreta, aos limites materiais implícitos pode (e deve) ser atribuída a mesma força jurídica dos limites expressos, razão pela qual asseguram à Constituição, ao menos em princípio, o mesmo nível de proteção, temática que, de resto, será enfrentada no último segmento do nosso texto.⁵²

2 “CLÁUSULAS PÉTREAS” E DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES MATERIAIS À REFORMA CONSTITUCIONAL

2.1 São os direitos fundamentais sociais limites materiais à reforma constitucional?

O fato de o Constituinte ter guindado os direitos fundamentais à condição de limite material expresso à reforma constitucional pode ser

50 Dentre os que consideravam os direitos fundamentais limites materiais implícitos destaca-se NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, p. 93.

51 Entre nós, também este já era o entendimento do clássico NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, p. 93. No âmbito da literatura constitucional estrangeira destacam-se os trabalhos de VITAL MOREIRA, *Constituição e revisão constitucional*, Lisboa: Caminho, 1980, p. 102 e ss., com expressivo e convincente número de argumentos contrários a “dupla revisão”, assim como JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 998 e ss., assim como PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional...*, p. 265 e ss. Entre nós, vale conferir o recentíssimo ensaio de LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado*. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, out./dez. 2001, p. 29.

52 Esta a oportuna consideração de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *Constituição e mudança constitucional...*, p. 178.

considerado, consoante já assinalado, um dos indicadores da fundamentalidade formal das normas que os consagram, aqui no sentido de uma proteção privilegiada no âmbito da arquitetura constitucional. Todavia, também no que tange a esse aspecto não são poucas as indagações com as quais se depara todo aquele que objetiva aprofundar-se no exame da matéria, já que o art. 60, § 4º, inciso IV, de nossa Constituição, utiliza a expressão “direitos e garantias individuais”, gerando no mínimo uma dúvida fundada no que concerne à inclusão dos demais direitos fundamentais (sociais e políticos, neste caso, além dos já referidos no inciso II, do art. 60, por exemplo) no elenco das assim designadas “cláusulas pétreas”, aspecto a respeito do qual até hoje não se registra consenso na doutrina. De outra parte, a discussão gira em torno até mesmo da possibilidade de se estender aos direitos sociais a proteção contra a ação do poder de reforma constitucional, seja na condição de limites expressos (por serem também direitos individuais), seja como limites implícitos.

Desde logo, em se tomando como ponto de partida o enunciado literal do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, poder-se-ia afirmar – e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista – que apenas os direitos e garantias individuais (art. 5º da Constituição Federal) se encontram incluídos no rol das “cláusulas pétreas” de nossa Constituição. Caso fôssemos aferrar-nos a essa exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (arts. 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como, de modo geral (a não ser o sufrágio secreto e universal assegurado no art. 60, § 4º, inciso II) os direitos políticos (arts. 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no art. 60, § 4º, inciso IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do art. 5º não poderiam ser merecedores dessa proteção. Já essa simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. Caso assim fosse, os direitos essenciais de participação política (art. 14), a liberdade sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), apenas para citar alguns exemplos, encontrar-se-iam em condição inferior à dos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. Paradoxalmente, em se levando ao extremo esse raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que o mandado de segurança individual integra as “cláusulas pétreas”, ao passo que o mandado de segurança coletivo por estas não se encontra abrangido!? Da mesma forma – e coerentemente com a exegese literal e restritiva referida – deveria ser questionada a condição de limite material do art. 5º, inciso XXXII, que dispõe sobre a proteção do consumidor, na forma da lei, apenas para mencionar outro exemplo emblemático. Nesse contexto, sustentou-se que a expressão “direitos e garantias individuais”, utilizada no art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Carta Magna, não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir esses direitos

individuais com os direitos individuais e coletivos do art. 5º de nossa Lei Fundamental.⁵³

Para os que advogam uma interpretação restritiva do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, abre-se outra alternativa. Com efeito, poder-se-ia sustentar, ainda, que a expressão direitos e garantias individuais deve ser interpretada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do art. 5º podem ser considerados “cláusula pétrea”. A viabilidade dessa concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Caso considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição prevalente no direito constitucional pátrio, pelo menos até o advento da atual Lei Fundamental, teríamos de identificar nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, os direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais não-prestacionais) necessariamente também se encontrariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. Solução semelhante foi adotada no constitucionalismo português, onde há disposição expressa estabelecendo que os direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias se encontram sujeitos ao mesmo regime jurídico (art. 17 da Constituição da República Portuguesa), destacando-se, nesse particular, a sua condição de limites materiais ao poder de revisão da Constituição, tal qual enunciado no art. 288 da Carta Magna lusitana, o que se aplica, inclusive, às assim denominadas liberdades sociais (na condição de direitos análogos), ainda que constantes no capítulo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Entre nós, à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, tal entendimento não poderá prevalecer, já que não encontramos – conforme assinalado em outra oportunidade⁵⁴ e com o devido respeito em relação às posições divergentes – qualquer sustentáculo no direito constitucional positivo para justificar uma distinção no que diz com a fundamentalidade dos direitos sociais, a não ser contrariando o sentido mínimo da Constituição formal e material.

Nessa mesma linha de pensamento, não há como deixar de referir que até mesmo o nosso Supremo Tribunal Federal, em que pese uma postura ainda tendencialmente mais conservadora (ou, no mínimo, tímida) em matéria

53 Cf. MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Poder constituinte reformador*, p. 182.

54 Sobre a fundamentalidade também dos direitos sociais da Constituição v. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 201 e ss. No sentido divergente, v., entre outros, o referencial estudo de RICARDO LOBO TORRES, “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”, In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 252 e ss., distinguindo entre aquilo que denomina de um *status positivus socialis*, constituído pelas prestações estatais destinadas à proteção dos direitos econômicos e sociais e que não compartilha do regime da fundamentalidade, e um *status positivus libertatis*, vinculado ao mínimo existencial para uma vida com dignidade, no contexto do qual poder-se-á reconhecer até mesmo direitos subjetivos a prestações sociais.

de direitos fundamentais,⁵⁵ consagrou – em decisão histórica e paradigmática – a possibilidade de uma exegese ampliativa dos limites materiais, assegurando a proteção contra eventual reforma constitucional também a direitos e garantias situados fora do Título II (isto é, não elencados no art. 5º) da nossa Constituição, como ocorreu por ocasião do julgamento da ADIn 939-7, quando se reconheceu que o princípio da anterioridade, previsto no art. 150, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal, constitui também autêntica garantia (e direito) individual (fundamental) do cidadão-contribuinte, assumindo, portanto, a condição de “cláusula pétrea”.

No direito pátrio há quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, ser considerados como integrando as “cláusulas pétreas” da Constituição, isso pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do art. 5º. Para além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a cláusula da intangibilidade, ele o teria feito, ou nominando expressamente essa categoria de direitos no art. 60, § 4º, inciso IV, ou, no mínimo, referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais.⁵⁶ Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira, diversamente da portuguesa, não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acabaria por excluir (caso levada às últimas conseqüências) também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, inciso IV, de nossa Lei Fundamental.⁵⁷

55 Bastaria lembrar aqui as decisões que seguem consagrando a paridade hierárquica entre leis ordinárias internas e tratados internacionais, mesmo em matéria de direitos humanos, bem como as decisões a respeito da prisão civil do depositário infiel, do regime de cumprimento da prisão civil e da negativa em reconhecer um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

56 Cf. OTÁVIO BUENO MAGANO, Revisão constitucional, In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 7 (1994), p. 110-1, chegando até mesmo a sustentar não apenas a possibilidade, mas inclusive a necessidade de se excluírem os direitos sociais da Constituição.

57 Não esqueçamos, como oportunamente averbou CELSO LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 146 e ss., que o direito à nacionalidade e o direito à cidadania – por sua vez, umbilicalmente ligado ao primeiro, como verdadeiro direito a ter direitos –, fundamentam o vínculo entre o indivíduo e determinado Estado, colocando o primeiro sob a proteção do segundo e de seu ordenamento jurídico, razão pela qual não nos parece aceitável que posição jurídica fundamental de tal relevância venha a ser excluída do âmbito de proteção das “cláusulas pétreas.”

Todas essas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática (ainda mais tendo em conta, que toda interpretação, tal como leciona JUAREZ FREITAS, é necessariamente sistemática)⁵⁸ se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Lei Fundamental. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Como a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das “cláusulas pétreas” pode ser justificada à luz do direito constitucional positivo é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no preâmbulo de nossa Constituição, encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado Democrático e Social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incisos I a III, e art. 3º, incisos I, III e IV. Com base nessas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição.⁵⁹ Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.⁶⁰ Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a esses direitos proteção jurídica diminuída. Nesse caso, fatalmente os direitos sociais acabariam sofrendo um significativo déficit no âmbito de sua fundamentalidade.

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva.⁶¹ É o indivíduo que tem assegurado o

58 Cf. JUAREZ FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, especialmente p. 70 e ss.

59 Neste sentido o entendimento de MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *Poder constituinte reformador*, p. 183 e ss., sustentando que também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos integram as “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, de modo especial em face de sua estreita vinculação com os princípios fundamentais do Título I (especialmente o art. 1º, *caput* e seus incisos II e V), que consagram o princípio democrático, o princípio da soberania popular, o pluralismo político etc.

60 Esta a pertinente lição de RAUL MACHADO HORTA, *Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional*, p. 14-5.

61 Assim já havíamos sustentado desde a primeira edição do nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 366-67, entendimento hoje, entre nós, também advogado com ênfase por JUAREZ FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, p. 209-10.

direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar esse entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, importa lembrar as críticas tecidas em relação a esse argumento (mediante referência direta à nossa obra) por GUSTAVO COSTA SILVA, em relativamente recente monografia sobre o tema. Com efeito, para esse autor, o nosso entendimento, no que concerne à titularidade individual como fundamento da inserção dos direitos sociais no elenco das “cláusulas pétreas”, é falho, especialmente por que estaria a desconsiderar que “a dualidade básica entre direitos ‘individuais’ e ‘sociais’ nada tem a ver com a titularidade, remetendo na verdade à vinculação de uns e de outros a diferentes estágios da formação do ethos do Estado constitucional”, no caso, como segue argumentando o autor, na circunstância e de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do estado liberal individualista, e não ao estado social de cunho solidário.⁶² Ainda que se reconheça a inteligência do argumento esgrimido pelo nosso crítico, parece-nos que a resposta já foi fornecida, designadamente quando apontamos para a circunstância de que não é possível extrair da nossa Constituição um regime diferenciado entre os direitos de liberdade (individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, notadamente entre a dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) existam diferenças no que diz com o seu objeto e função.⁶³ Da mesma forma, convém repisar que a Constituição de 1988 alberga tanto elementos liberais quanto sociais e que ambos compõe a identidade da nossa Carta, na condição de ordem jurídica fundamental de um Estado democrático e social de Direito. Além disso, em momento algum nos limitamos a colacionar apenas o argumento da titularidade individual de todos os direitos para fundamentar a nossa posição, já que esta é apenas uma razão entre outras.

62 Cf. GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA, *Os limites da reforma constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124 e ss. (citação extraída da p. 129).

63 Que tais diferenças não permitem que se sustente uma dicotomia entre os direitos negativos e positivos, não afasta, em princípio, a possibilidade de se admitir um tratamento em parte diferenciado no que diz com a eficácia e efetividade dos direitos que integram o segundo grupo. A respeito deste ponto, remetemos ao nosso “Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira”, In: DANIELLE ANNONI, *Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 219 e ss. (especialmente p. 233 e ss., onde apontamos para a existência não de uma dicotomia, mas apenas de uma espécie de dualismo relativo entre os direitos negativos e positivos).

Ao sustentarmos que a proteção assegurada pelo Constituinte aos direitos individuais estende-se aos direitos sociais, na verdade nada mais fizemos do que admitir que estes estão subentendidos (e nesse sentido são sempre limites textuais implícitos, no sentido emprestado por GOMES CANOTILHO) no elenco expressamente assegurado pela nossa Carta Magna. Certo é – e não deveríamos esquecer disso – que implícitos (e aqui independentemente da adoção de uma determinada noção de limites implícitos), ou não, os direitos sociais estão sujeitos à mesma proteção contra reformas constitucionais, na condição de limites materiais, que os demais conteúdos essenciais da Constituição. Por essa razão, a divergência entre as teses que integram os direitos fundamentais sociais no âmbito direto de proteção do art. 60, § 4º, inciso IV (argumentando com base na titularidade individual) e os que, muito embora rechaçando esse argumento, admitem que os direitos sociais, sendo fundamentais, constituem limites implícitos, é certamente mínima (ou, pelo menos, menor do que parece), de modo especial considerando as suas respectivas conseqüências práticas.

Outro argumento utilizado pelos que advogam (tal como aqui o faz MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO) uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” diz com a existência de diversas posições jurídicas constantes no Título II de nossa Constituição que não são, na verdade, merecedoras do *status* peculiar aos verdadeiros direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por meio de uma emenda constitucional.⁶⁴ Muito embora não de modo igual, OSCAR VILHENA VIEIRA prefere trilhar caminho similar, ao sustentar, em síntese, que apenas as cláusulas que designa de *superconstitucionais* (isto é, os princípios – incluindo os direitos fundamentais essenciais – que constituem a reserva de justiça constitucional de um sistema) encontram-se imunes à supressão pela reforma da Constituição, não advogando, de tal sorte, a exclusão prévia de qualquer direito ou princípio do elenco das “cláusulas pétreas”, seja individual (liberal) ou social.⁶⁵ No nosso sentir, essa linha argumentativa apenas poderia prevalecer caso partíssemos da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais e que esses (justamente por serem fundamentais apenas em sentido formal, poderiam ser suprimidos do texto constitucional), o que não corresponde, consoante já assinalado, à concepção majoritária no âmbito da doutrina, de acordo com a qual todos os direitos fundamentais o são, tanto no

64 Este o entendimento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Significação e alcance das cláusulas pétreas*, p. 16, que, no entanto, reconhece que o art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do art. 5º.

65 Cf. OSCAR VILHENA VIEIRA, *A constituição e sua reserva de justiça*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222 e ss., onde desenvolve o seu pensamento, que aqui vai reproduzido de modo sintético. Registre-se, contudo, que o ilustre jurista, na sua qualificada obra, não exclui os direitos sociais da proteção contra eventuais reformas constitucionais, notadamente os direitos sociais básicos à alimentação, saúde, moradia, educação, já que “essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos” (ob. cit., p. 321).

sentido formal, quanto no material.⁶⁶ De qualquer modo, é de questionar-se a possibilidade dos poderes constituídos decidirem qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental (notadamente de decidir qual não é fundamental em sentido material), decisão essa que, em última análise, importaria numa afronta à vontade do Poder Constituinte, que, salvo melhor juízo, detém o privilégio de deliberar sobre o que é, ou não, fundamental. Além disso, correr-se-ia o sério risco de eliminar direitos “autenticamente” fundamentais, circunstância que, por si só, desrecomenda a adoção desse ponto de vista.

Ademais – e sem que se vá aqui aprofundar o ponto – não é de desprezar o argumento de que em se adotando um critério exclusivamente material para identificar quais os conteúdos protegidos contra a reforma constitucional, até mesmo – por questão de coerência lógica – eventuais posições elencadas no art. 5º da nossa Carta Magna (já que também ali se encontram diversos exemplos de questionável fundamentalidade material)⁶⁷ haveriam de ficar excluídas. Ao sustentarmos – na esteira de outros autores – que os direitos fundamentais são todos (inclusive eventuais direitos sediados fora do Título II, tal qual reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal) “cláusulas pétreas” estaremos até mesmo limitando a possibilidade de um demasiado arbítrio jurisdicional, impedindo que os órgãos do Poder Judiciário deliberem contra uma fundamentalidade expressamente enunciada pelo Constituinte, de modo inequivocamente genérico (basta ver a epígrafe do Título II da nossa Lei Fundamental: dos direitos e garantias fundamentais), de tal sorte a abranger tanto os direitos ditos individuais quanto os sociais. A opção por essa linha argumentativa, por sua vez – e convém sublinhar este aspecto – não repudia (pelo contrário, reforça) a legitimidade e necessidade de uma atuação jurisdicional comprometida com os princípios e direitos fundamentais, tanto é que caberá aos órgãos do Poder Judiciário a tarefa de sindicarem a constitucionalidade das emendas que venha a conflitar com as “cláusulas pétreas”, inclusive quando estiverem em causa os direitos sociais.

Por derradeiro, cumpre relembrar que a função precípua das assim denominadas “cláusulas pétreas” é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, nesse sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isso se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da nossa

66 Sustentando a que os direitos fundamentais o são tanto em sentido formal quanto material, já que em favor das normas formalmente constitucionais (e fundamentais) milita uma presunção de materialidade constitucional (e fundamental), v., por todos, JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, v. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993, p. 9.

67 Poderíamos mencionar apenas a proteção às participações individuais em obras coletivas, tal qual enunciado no art. 5º, inciso XXVIII, “a” ou mesmo a norma que dispõe a respeito da aplicação da lei nacional ou estrangeira na hipótese de sucessão de bens de estrangeiros (art. 5º, inciso XXXI).

Constituição). Assim, uma interpretação reducionista no campo dos limites materiais (especialmente dos expressos) da Carta Magna não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional. Por certo, não há como negar que uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” tem por objetivo impedir uma petrificação de toda a Constituição, o que não pode prevalecer diante de uma exegese sistemática, que tenha sempre presente a necessidade de preservar os seus elementos essenciais, insuscetíveis de supressão ou esvaziamento (hipóteses que se equivalem) pela atuação do poder de reforma constitucional. Aqui vale reproduzir a exortação recentemente formulada por CARLOS AYRES BRITO, em instigante ensaio sobre o tema: “as normas constitucionais autorizativas da produção de emendas é que devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição. As cláusulas pétreas, ao contrário, caracterizando-se como afirmadoras daquele princípio de estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente”.⁶⁸

Constituindo os direitos fundamentais sociais (assim como os políticos) valores basilares de um Estado social e democrático de Direito, sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua dos limites materiais. Quanto ao risco de uma indesejável galvanização da Constituição, é preciso considerar que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, não se vislumbrando qualquer obstáculo à sua eventual adaptação às exigências de um mundo em constante transformação, o que, contudo, constitui aspecto a ser versado no próximo item. Para além disso, caso se queira mesmo a substituição da nossa ordem constitucional vigente por outra, isto é, em se continuando a insistir numa revisão ampla e praticamente irrestrita, haverá de se ter a coragem de propor a convocação de uma nova Assembléia Constituinte, única instância com legitimidade para tanto.

2.2 Alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais sociais pelas “cláusulas pétreas”

Voltando-nos, agora, ao problema do alcance da proteção outorgada pelas limites materiais à reforma constitucional, há que atentar, desde logo, para o fato de que o enunciado da norma contida no art. 60, § 4º, da nossa Constituição (“... não serão objeto de deliberação propostas de emenda tendentes a abolir...”), encerra pelo menos duas diretrizes: a) não apenas as

68 Cf. CARLOS AYRES BRITO, “A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas”, In: PAULO MODESTO e OSCAR MENDONÇA (coord.), *Direito do Estado – novos rumos*, Tomo 1, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 66.

alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à condição de “cláusula pétrea”, mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas; b) os projetos de emenda que atentam contra estes mandamentos sequer poderão ser apreciados e votados pelo Congresso, de tal sorte que mesmo antes de sua promulgação encontra-se viabilizado o controle jurisdicional de sua constitucionalidade.⁶⁹ Os limites materiais, pelo menos no nosso direito constitucional positivo, não podem, portanto, ser qualificados como meras cláusulas impeditivas da abolição de textos, isto é, da supressão de dispositivos da Constituição, já que uma abolição tendencial alcança necessariamente o plano normativo, partindo-se da premissa (que aqui tem-se como pressuposto teórico do estudo) de que existe uma substancial diferença entre o texto e a(s) norma(s) nele contida(s).

À vista dos elementos normativos referidos, importa sinalar, desde logo, que também entre nós as “cláusulas pétreas” não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por elas assegurados. Por outro lado, não é de fácil determinação o momento no qual determinada emenda à Constituição efetivamente tende a abolir o princípio protegido, já que a abolição (supressão) do texto constitucional é, em regra, fácil de identificar. Tal aferição, registre-se desde já, apenas poderá ocorrer à luz do caso concreto, cotejando-se o conteúdo da emenda com a decisão fundamental integrante do rol das “cláusulas pétreas”, o que igualmente se impõe na hipótese de nos depararmos com alguma limitação material implícita. Para além disso, verifica-se que uma abolição efetiva, para efeitos do controle da constitucionalidade da reforma, pode ser equiparada a uma abolição tendencial, já que ambas as hipóteses foram expressamente vedadas pelo Constituinte.

A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas “cláusulas pétreas” assume, desde logo, uma dúplici função, já que protege os elementos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção essa que, todavia, assegura esses conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios naqueles contidos.⁷⁰ Com efeito,

69 A respeito da possibilidade de controlar-se a constitucionalidade de uma emenda à Constituição mesmo no decorrer de sua apreciação pelo Congresso, já encontramos posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, v. especialmente o voto prolatado pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES, por ocasião do julgamento ocorrido em 08.10.1980 (RTJ 99 [1980], p. 1040). Mais recentemente, já sob a égide da Constituição vigente, tal controle prévio da constitucionalidade das Emendas à Constituição foi reiterada por ocasião do julgamento da ADIn 466-2-DF, ocorrido em 03.04.1991, quando, apesar de rechaçar-se a viabilidade do controle abstrato preventivo, não se excluiu eventual controle concreto, no caso, mediante a impetração de mandado de segurança, a exemplo do que ocorreu com a decisão anterior citada. Na doutrina, destaca-se, entre outros, o trabalho de JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, *O controle de constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de Jurisprudência*, In: PAULO MODESTO e OSCAR MENDONÇA (coord.) *Direito do Estado – Novos Rumos*, Tomo 1, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 23 e ss., abordando alguns dos principais casos apreciados pelo STF.

70 Cf. PAUL KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung...*, p. 802.

de acordo com a lição da doutrina majoritária, as “cláusulas pétreas” de uma Constituição não objetivam (apenas, deveríamos acrescentar) a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo esses ser esvaziados por uma reforma constitucional.⁷¹ Nesse sentido, é possível sustentar que as “cláusulas pétreas” contêm, em verdade, também – além da vedação da supressão de determinado texto (dispositivo) – uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais.⁷² Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção.⁷³ De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas “cláusulas pétreas” não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido,⁷⁴ pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, nesse contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de constituírem limites materiais à reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso) bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese que o poder reformador (ainda que sempre limitado) possa menos que o legislador ordinário. Tomando-se como parâmetro o direito constitucional pátrio, tal assertiva pode ser perfeitamente ilustrada à luz de alguns dos princípios integrantes do rol do art. 60, § 4º, de nossa Constituição.

Com efeito, quando o nosso Constituinte estabeleceu a intangibilidade do princípio federativo (art. 60, § 4º, inciso I), tal proteção não se limitou apenas ao art. 1º da Constituição (de acordo com o qual o Estado Federal Brasileiro se compõe da união indissolúvel da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), mas estende-se a todos os elementos essenciais da Federação. Em se levando em conta que o princípio federativo se manifesta em diversos outros dispositivos da Constituição, verifica-se que também esses se encontram ao abrigo da proteção das “cláusulas pétreas”.⁷⁵ As normas versando sobre a distribuição de competência entre os diversos entes da Federação (arts. 21 a 24 da Constituição), a auto-organização e autonomia dos Estados (arts. 25 a 28) e dos Municípios (arts. 29 e 30) constituem apenas alguns exemplos inequívocos no sentido de que também essas normas, dada

71 Esta a lição de JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, v. II, p. 155.

72 Cf. a oportuna ponderação de GILMAR FERREIRA MENDES, *Limites da revisão...*, p. 251, baseado na doutrina de B.O. BRYDE.

73 Neste sentido, v., recentemente também GILMAR FERREIRA MENDES, *Plebiscito – EC 2/92 (Parecer)*, p. 120.

74 Este já era o entendimento de NELSON DE SOUZA SAMPAIO, *O poder de reforma constitucional*, p. 89.

75 Cf. RAUL MACHADO HORTA, *Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional*, p. 17.

a sua particular relevância para a caracterização de uma efetiva Federação, se encontram imunes à atuação erosiva de uma reforma constitucional. Não restam dúvidas de que, no caso de uma supressão da competência legislativa privativa dos Estados e Municípios, o Estado Federal ficaria atingido em um de seus elementos essenciais.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado ao princípio da separação dos poderes, que igualmente se encontra ao abrigo das “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º inciso II, da Constituição Federal). Caso a autonomia e independência do Poder Judiciário viessem a ser restringidas de tal forma – há até mesmo quem pretenda suprimi-las por completo – que ficassem virtualmente inoperantes, poder-se-ia sustentar uma inequívoca afronta ao princípio da separação dos poderes.⁷⁶ Há que destacar, nesse contexto, que o nosso Supremo Tribunal Federal acabou trilhando precisamente essa linha de entendimento. Em julgamento ocorrido no dia 08.10.1980, o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo julgado improcedente a ação e a despeito da controvérsia em torno do mérito da decisão, entendeu que a mera ampliação do mandato dos prefeitos por mais dois anos não poderia ser considerada uma abolição (nem mesmo tendencial) da nossa República, já que o postulado republicano da limitação temporal dos mandatos políticos ficou preservado,⁷⁷ de tal sorte que também aqui – na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal – transparece a idéia de que o objeto da proteção é o conteúdo essencial do direito, orientação essa que segue prevalecendo na nossa mais alta Corte.

No âmbito da doutrina pátria, revelando uma nítida (mas não de todo imune a reservas) tendência de adesão à doutrina alemã, já há quem sustente que uma emenda constitucional apenas tende a abolir um bem protegido pelas “cláusulas pétreas” na hipótese de vir a ser atingido o núcleo essencial do princípio em questão, não ficando obstaculizada a sua regulamentação, alteração ou mesmo a sua restrição (desde que não afetado o núcleo essencial).⁷⁸ O núcleo do bem constitucional protegido é, de acordo com esse ponto de vista, constituído pela essência do princípio ou direito, não por seus elementos circunstanciais, cuidando-se, nesse sentido, daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura.⁷⁹ Nesse contexto, afirmou-se acertadamente que a constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido depende de uma ponderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições

76 Sobre a reforma constitucional, o princípio da separação dos poderes e a garantia da independência e autonomia do Poder Judiciário, v., especialmente JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, *A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade*, p. 210 e ss.

77 V. voto do Ministro MOREIRA ALVES, In: *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 99 (1980), p. 1040-1.

78 Esta a lição, entre nós, de FLÁVIO BAUER NOVELLI, Norma constitucional inconstitucional? A Propósito do art. 2º da EC nº 3/93, In: *Revista Forense* nº 330 (1995), p. 80 e ss., baseado especialmente na doutrina de K. STERN.

79 Assim também FLÁVIO BAUER NOVELLI, *Norma Constitucional Inconstitucional?...*, p. 82.

marginais da norma, ou se, pelo contrário, investe contra o próprio núcleo do princípio em questão.⁸⁰

À luz do que até agora foi exposto percebe-se que, também no que diz com os direitos fundamentais, a proteção a esses outorgada pelo Constituinte, incluindo-os no rol das “cláusulas pétreas”, não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada. Também aqui se aplica a já referida tese da preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições legislativas, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas, como, de resto, dá conta farta e expressiva literatura e jurisprudência já produzida entre nós, razão pela qual deixamos de tecer maiores considerações a respeito.⁸¹ Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental parece não causar maior controvérsia. Assim, constata-se, desde logo, que não há como determinar em abstrato, para todos os direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção há que ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.

Inicialmente, consideramos oportuna a lembrança de que também o princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição) integra o rol das “cláusulas pétreas”, razão pela qual – também entre nós – é possível sustentar o ponto de vista de que em hipótese alguma poderá ser esvaziada esta força jurídica privilegiada peculiar aos direitos fundamentais, sob pena de vir a ser colocada em risco sua própria fundamentalidade.⁸² Já no que diz com a determinação do núcleo essencial dos direitos fundamentais identificam-se alguns aspectos carentes de elucidação. Registre-se, nesse contexto, que a Constituição de 1988 não enunciou qualquer parâmetro que possa indicar o caminho a ser seguido, a não ser a impossibilidade de eliminação ou tendencial abolição do direito fundamental. Nesse sentido, consideramos oportuna a menção ao exemplo fornecido pela Lei Fundamental da Alemanha, que nos poderá ser útil no desenvolvimento do tema. Com efeito, verifica-se que nessa paradigmática ordem constitucional, os direitos fundamentais não foram diretamente referidos no art. 79, inciso III (“cláusulas pétreas”), não ficando, contudo, à mercê da atuação do poder de reforma

80 Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Plebiscito – EC 2/92...*, p. 120, que, neste sentido, se posiciona favoravelmente à teoria do núcleo essencial, já referida na formulação que, entre nós, lhe deu FLÁVIO.B. NOVELLI, especificamente no contexto da problemática da reforma constitucional.

81 A respeito do tema, v. (e aqui limitamo-nos a referir algumas das monografias mais relevantes)

82 Neste sentido, KLAUS STERN, “Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79, III, GG für de Grundrechte”, In: KLAUS STERN (org.), *Der Staat des Grundgesetzes*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1992, p. 283 e ss., argumentando (com relação ao direito germânico) a impossibilidade de se reduzirem os direitos fundamentais à meras proclamações destituídas de eficácia e vinculatividade. A respeito do núcleo essencial, existe – além de farta bibliografia (parte da qual já referida) – acirrada controvérsia, seja em relação ao conteúdo deste “núcleo essencial”, não sendo este o momento para enveredar por este trabalho.

constitucional, já que mediatamente protegidos por meio do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos por parte do povo alemão (art. 1º, incisos I e II, da Lei Fundamental).

É, portanto, pelo seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana que um direito fundamental, de acordo com o direito constitucional germânico, se encontra imune à ação erosiva ou mesmo supressiva do poder de reforma da Constituição, de tal sorte que intangível não é o direito fundamental em si, mas, sim, o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana.⁸³ Consoante a oportuna lição de MAUNZ, os valores da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos (art. 1º, incisos I e II, da Lei Fundamental), não se esgotam em si mesmos, manifestando-se em cada direito fundamental na condição de elementos integrantes de seu núcleo material intangível.⁸⁴ Para além do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos, a Lei Fundamental alemã também erigiu o princípio do Estado Democrático e Social de Direito à condição de “cláusula pétrea”, acabando por fundamentar, também sob esse ângulo, uma proteção mediata dos direitos fundamentais, na qualidade de concretizações e exigências deste princípio, especialmente no que diz com o direito de proteção judiciária (art. 19, inciso IV, da Lei Fundamental), bem como dos diversos direitos fundamentais processuais, direitos de participação política e direitos sociais. Atente-se, contudo, para o fato de que nem todo direito fundamental pode ser considerado elemento essencial (e, portanto, intangível) do princípio do Estado democrático e social de Direito.⁸⁵

Em se levando em conta que a Lei Fundamental da Alemanha consagra também, no âmbito do regime das restrições aos direitos fundamentais, a garantia do núcleo essencial (art. 19, inciso II), sustenta-se que esta, ao contrário do que pretendem alguns, não pode ser confundida com o conteúdo em dignidade da pessoa humana, resultante de uma exegese combinada dos arts. 1º, inciso I, e 79, inciso III, ambos da Lei Fundamental, de tal sorte que, se é possível afirmar que todos os direitos fundamentais contêm um núcleo essencial, nem todos – ao menos de acordo com a doutrina majoritária alemã – podem ser considerados como exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, cuidando-se, portanto, de grandezas independentes entre si, ainda que não isentas de pontos comuns,⁸⁶ posição que nós também adotamos e que parece ganhar espaço também no direito brasileiro. É por esse motivo que a doutrina alemã majoritária entende que a garantia do

83 Assim também a lição de KLAUS STERN, *Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie...* p. 290, posição que, aliás, reflete o pensamento dominante no âmbito da doutrina alemã.

84 Cf. THEODOR MAUNZ, “Anmerkungen zu Art. 79 GG”, In: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, v. III, München: C.H. Beck. 1996, p. 17.

85 Esta a oportuna referência de MICHAEL BRENNER, *Möglichkeiten und Grenzen Grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen*, In: *Der Staat* n° 32 (1993), p. 503.

86 Neste sentido, dentre tantos, BRUNN-OTTO BRYDE, “Anmerkungen zu Art. 79 GG”, In: Ingo von Münch (org.), *Grundgesetz-Kommentar*, v. III, 2. ed., München: C.H. Beck, 1983, p. 235.

núcleo essencial (dirigida tão-somente ao legislador infraconstitucional) não se revela idônea para servir de parâmetro à aferição do grau de proteção outorgado pelo art. 79, inciso III, da Lei Fundamental, já que este vincula o poder de reforma da Constituição.⁸⁷

Até que ponto a solução desenvolvida no direito constitucional germânico pode ser transposta para o nosso meio é, no entanto, questão discutível, no mínimo em face da ausência de qualquer dispositivo que expressamente ampare essa alternativa. Parece-nos que, ao utilizar-se das expressões (abolir e tendente a abolir), o Constituinte pátrio efetivamente quis preservar em qualquer hipótese o cerne de cada direito fundamental, independentemente de seu conteúdo em dignidade da pessoa humana. A utilização da fórmula do núcleo essencial (ainda que não expressamente consagrada) manifesta sua utilidade não apenas na medida em que revela ser de um manejo mais transparente e flexível, mas também em virtude da fundada dúvida quanto ao conteúdo, em dignidade da pessoa humana, de todos os direitos fundamentais, constantes, ou não, do catálogo. Aliás, é de reconhecer-se que a própria intangibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana não se encontra expressamente enunciada em nossa Constituição, podendo, contudo, sustentar-se o seu enquadramento na seara dos limites materiais implícitos à reforma constitucional, consoante já assinalado. Considerando-se, ao menos em regra, os direitos fundamentais como concretizações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á até mesmo sustentar – ao contrário do que ocorre no constitucionalismo germânico – que esse princípio é que acaba sendo assegurado mediante a proteção outorgada aos direitos fundamentais, e não estes por aquele. Cuida-se, no mínimo, de uma influência recíproca e, portanto, de uma via de duas mãos.

Com base no exposto, é de lembrar-se, nesse contexto, a lição de FLÁVIO NOVELLI, no sentido de que as “cláusulas pétreas”, estando a serviço da proteção do “cerne constitucional intangível” (PONTES DE MIRANDA), isto é, do “âmbito nuclear da estatalidade constitucional” (KLAUS STERN), repelem toda e qualquer emenda que intente a supressão ou a alteração substancial dos direitos fundamentais ou dos princípios fundamentais da Constituição incluídos no rol dos limites materiais à reforma da Constituição.⁸⁸ Por núcleo essencial dos direitos e dos princípios fundamentais estruturantes poderá considerar-se, de acordo com o entendimento de KLAUS STERN, recolhido por FLÁVIO NOVELLI, os elementos que constituem “a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme os define a Constituição”, isto é, seus elementos essenciais, e não meramente

87 Cf. MICHAEL BRENNER, *Möglichkeiten und Grenzen...*, p. 507.

88 Cf. FLÁVIO BAUER NOVELLI, *Norma constitucional inconstitucional?...*, p. 79-81.

acidentais.⁸⁹ Constatase, portanto, que não apenas emendas constitucionais que efetivamente venham a abolir (suprimir) um direito fundamental, mas também que venham a atingi-lo de forma equivalente, tendendo à sua abolição, isto é, ferindo o seu conteúdo essencial (e, portanto, ferindo de morte o direito fundamental objeto da atuação do poder reformador), se encontram inequivocamente vedadas pela nossa Constituição.

Que o grau de proteção de cada direito fundamental irá depender, em última análise, da adequada delimitação de seu núcleo essencial parece-nos inquestionável. Da mesma forma, haverá que se ter por incontroversa a inevitável diferenciação decorrente das especificidades de cada direito fundamental, de modo especial no que diz com o seu âmbito de proteção. Se tais conclusões já se impõem relativamente aos direitos de defesa, com maior razão ainda se poderá sustentar tal ponto de vista no âmbito dos direitos a prestações, no qual a delimitação de seu núcleo essencial e de seu âmbito de proteção se revela, de modo geral, particularmente problemática. Assim, não há como desconsiderar as características dos direitos prestacionais na difícil empreitada de definir o seu grau de proteção contra a atuação do poder de reforma constitucional, o que, além disso, deverá ser feito à luz de alguns exemplos recolhidos em nossa Constituição. Atente-se, ainda, para o fato de que todos os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos de defesa – em que pese sua expressa inclusão no capítulo dos direitos sociais ou políticos – se sujeitam aos mesmos parâmetros aplicáveis àqueles.

Voltando-nos novamente à indagação a respeito de qual o conteúdo essencial dos direitos sociais, verifica-se que a resposta deverá ser extraída direta ou indiretamente da norma que consagrou esse direito fundamental ao nível da Constituição. Assim, poder-se-á afirmar, a título de exemplo, que, no caso do direito à assistência social, pela sua inequívoca vinculação com a garantia das condições materiais mínimas existenciais, esse critério poderia servir como fronteira demarcatória do conteúdo essencial (mínimo) desse direito fundamental, solução que, aliás, se revela pertinente para outros direitos fundamentais sociais prestacionais (saúde, salário mínimo, previdência social etc.).

Tendo em conta que poderíamos ampliar o debate, tanto mediante o aprofundamento da análise aqui iniciada, quanto pela referência a outros exemplos, mas considerando que já estamos a extrapolar os limites materiais do que deveria ser um breve ensaio, convém focalizar o que importa. Com efeito, considerando que também os direitos fundamentais sociais integram as “cláusulas pétreas”, mas que nem por isso (a exemplo dos demais direitos fundamentais) encontram-se, pelo menos em princípio, imunes a qualquer restrição ou ajustamento, já que – para além da abolição do respectivo texto que os consagra (o que equivaleria a sua supressão da Constituição) – sempre

89 Cf. mais uma vez, FLÁVIO BAUER NOVELLI, *Norma constitucional inconstitucional? ...*, p. 82.

o núcleo essencial de cada direito encontra-se blindado contra qualquer limitação, podemos arrematar afirmando que (especialmente no que diz com os direitos sociais na sua dimensão prestacional) o conteúdo em dignidade da pessoa e a categoria do mínimo existencial (considerado como o mínimo de prestações materiais indispensável a uma existência digna e, portanto, saudável)⁹⁰ assume nesse contexto papel de destaque, como diretriz material a guiar (e vincular) tanto o poder reformador quanto os que se encontram incumbidos da tarefa de controlar a sua atuação.

Para além disso, resulta evidente a necessária observância também das exigências postas pelo princípio da proporcionalidade (nas suas três manifestações da adequação – ou idoneidade –, necessidade – ou menor sacrifício dos bens fundamentais restringidos – e da proporcionalidade em sentido estrito – razoabilidade ou ponderação entre os fins e os meios, de modo a estabelecer uma equação justa e harmônica –, que aqui não iremos desenvolver, mas que nem por isso deixa de exercer relevante papel também no controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, até mesmo pelo fato de estar umbilicalmente vinculado à cogente hierarquização (ou ponderação, como preferem ALEXY e outros) de bens jurídicos inerente ao processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o nosso propósito foi o de rediscutir alguns aspectos relevantes e sempre atuais da reforma constitucional no âmbito dos direitos fundamentais sociais, convém que aproveitemos esta oportunidade para destacar alguns resultados (parciais) a que chegamos.

Nesse contexto, o primeiro ponto a ser sublinhado e lembrado é o que diz com o relevante papel das emendas constitucionais na manutenção do delicado e sempre tenso equilíbrio entre a Constituição formal e a realidade constitucional. Por esta razão, a possibilidade de reformas constitucionais talvez seja mesmo uma espécie de “mal necessário” e, como todo “mal” (por mais necessário que seja) deve ser mantido sob rigorosos limites, esses fixados expressa e/ou implicitamente pelo Poder Constituinte Originário. Dentre esses limites, assumem papel de destaque as assim designadas “cláusulas pétreas” (aqui abrangendo tanto os limites materiais expressos e implícitos), que protegem justamente o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, o que necessariamente inclui os direitos fundamentais sociais, seja por força do art. 60, § 4º, inciso IV, da nossa

90 Vinculando a noção de dignidade da pessoa humana, especialmente (mas não exclusivamente) na sua perspectiva positiva (prestacional) às condições para uma vida saudável, v. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 62. A respeito da categoria do mínimo existencial e do seu conteúdo e significado entre nós, ainda há relativamente pouca doutrina disponível. Dentre os trabalhos mais relevantes, importa destacar o pioneiro texto de RICARDO LOBO TORRES, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, In: *Revista de Direito Administrativo* nº 177 (1989), p. 20-49 e, mais recentemente, a obra de ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201 e ss.

Carta Magna, seja na condição de limite implícito, já que, para efeitos do reconhecimento (especialmente pelo Poder Judiciário) de sua proteção contra eventual emenda, as situações virtualmente se equivalem. No que concerne ao alcance dessa proteção, a nossa ordem constitucional – notadamente (mas de longe não exclusivamente) em face do teor literal do art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, não apenas veda uma supressão (ou abolição) de dispositivos da Carta (o que seria muito pouco) mas impede também uma abolição tendencial (o que pode vir a ser demais), o que remete a discussão ao plano mais polêmico da identificação do núcleo essencial, já que é este quem goza de imunidade perante o Poder Reformador, de tal sorte que efetivamente intangível não é o direito ou princípio, mas sim, o seu conteúdo essencial, por sua vez, aferível apenas no caso concreto e à luz de cada dispositivo e norma constitucional especificamente considerados.

Portanto, seja qual for o direito fundamental, a incidência material das “cláusulas pétreas” deverá ser máxima (no sentido de que deve abranger e proteger todos os direitos fundamentais – inclusive os direitos sociais – mesmo quando sediados fora do Título II da Constituição), ao passo que, no plano do ajuste e/ou restrição efetuada pela emenda – já que uma abolição (inclusive tendencial) desde logo encontra-se vedada –, não deverá ir além do indispensável (e, portanto, deverá ser mínima) salvaguardando sempre o núcleo essencial, além de observar atentamente os ditames da proporcionalidade e as exigências da dignidade da pessoa humana, na sua dupla feição negativa e positiva. Afinal de contas, também em matéria de reformas constitucionais – e, talvez, especialmente aqui, importa frisar – haverá de se observar a máxima hermenêutica do *in dubio pro dignitate*.⁹¹

Por derradeiro, considerando que os direitos fundamentais assumem também uma feição utópica e promocional, fixando horizontes de sentido para o Estado, a Sociedade e a pessoa individualmente considerada, não há como deixar de reconhecer que também o poder de reforma constitucional (especialmente por força dos limites materiais expressos e implícitos que outorgam às utopias dos direitos fundamentais um cunho de permanência) encontra-se inequívoca e diretamente vinculado a essas utopias, não estando autorizado a afastá-las ou esvaziá-las de sentido. Nesse sentido, não nos parece despropositado afirmar que levar as “cláusulas pétreas” a sério implica reconhecer-lhes a sua razão de ser e o seu necessário alcance, já que também os limites à reforma da Constituição (com destaque aqui para os limites materiais) constituem garantias indispensáveis contra a transformação do nosso Estado (ainda) Constitucional e Democrático de Direito naquilo que o nosso querido e sempre iluminado Professor PAULO BONAVIDES designou de Estado “Neocolonial”.⁹²

91 Para JUAREZ FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, p. 267.

92 Cf. PAULO BONAVIDES, *Do país constitucional ao país neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*, São Paulo: Malheiros, 1999.