

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO “CLÁUSULAS PÉTREAS”

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: 1. Considerações introdutórias: situando o problema e delimitando o âmbito do estudo. 2. O problema dos limites materiais à reforma da Constituição. 2.1. Considerações gerais a respeito de sua natureza, funções e formas de manifestação. 2.2. Limites materiais expressos e implícitos à reforma da Constituição. 3. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais à reforma constitucional. Considerações finais.

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

Que os direitos fundamentais, em virtude de principalmente da sua dupla fundamentalidade formal e material - que lhes assegura uma normatividade reforçada relativamente às demais normas constitucionais¹, 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 e material), ao menos em nossa Constituição, é justamente a

¹ Cf., paradigmaticamente, Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 503 e ss.

² Cf. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2ª 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 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.

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 pétreia”, integrando o rol do artigo 60, parágrafo 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 constitucionais³), com reflexos inevitáveis na seara dos direitos fundamentais em geral, mas com particular impacto no que diz com os direitos sociais, estes muitas vezes acusados de causarem a “ingovernabilidade” da nossa República, acarretando, neste sentido, 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 especial agudeza o influxo 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

Justamente em virtude do contexto referido, verifica-se que o tema subjacente ao título do presente ensaio merece ser revisitado. Dentre as diversas dimensões passíveis de serem analisadas, optamos por centrar a nossa atenção (até mesmo em virtude da restrita disponibilidade de espaço) em um dos aspectos que segue gerando acirrada controvérsia no âmbito doutrinário, isto sem falar nas suas consequências práticas, de modo particular no concernente ao controle jurisdicional da constitucionalidade das emendas constitucionais, qual seja, o da discussão em torno do fato de serem (ou não) os direitos

³ Reproduzindo 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 para a questionável constitucionalidade e consistência técnico-legislativa do teor de expressivo número das emendas promulgadas, especialmente após a vigência da Constituição Federal 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 (pp. 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.

fundamentais sociais limites materiais à reforma constitucional. Que de um tratamento constitucionalmente adequado deste problema depende até mesmo (pelo menos em parte) o futuro dos direitos fundamentais sociais na ordem constitucional pátria, resulta evidente e deveria ser tomado aqui como fator de estímulo para a contínua reflexão sobre o tema. Antes, todavia, de enfrentarmos o problema propriamente dito, não poderíamos deixar de tecer algumas considerações a respeito da natureza, função, espécies e significado dos limites materiais, à guiza de pressuposto teórico do nosso estudo. De outra parte, certos de que mesmo com as limitações referidas não poderemos fazer muito mais do que lançar algumas considerações de cunho genérico e exploratório, esperamos pelo menos contribuir ativamente para o aperfeiçoamento do debate permanente travado a respeito do tema, seja no âmbito doutrinário, seja, quem sabe, na esfera jurisdicional, ainda mais quando – relativamente a este ponto – o nosso “Guardião da Constituição” (*Hüter der Verfassung*) ainda não chegou a se posicionar de modo conclusivo e definitivo.

2. O PROBLEMA DOS LIMITES MATERIAIS À REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

2.1. 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 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),⁶ o Poder Constituinte Reformador revela-se um poder juridicamente limitado, distinguindo-se pelo seu caráter derivado e condicionado,

⁶ 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. 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.).

sujeito, portanto, às limitações previstas pelo Constituinte. Neste 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 incondicionado⁷ – 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).⁸ É precisamente neste 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,⁹ 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).¹⁰ Importa, de tal sorte, que se tenha sempre presente a noção de que também no direito constitucional pátrio, ao proceder à reforma da Constituição, o Legislador 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.¹¹

⁷ 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.

⁸ 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*, pp. 71 e ss.

⁹ Cf. Nelson Saldanha, *O Poder Constituinte...*, p. 87.

¹⁰ 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. 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).

¹¹ 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), pp. 168 e ss.

Ainda neste contexto, oportuno colacionar o magistério de Konrad Hesse, o qual – 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.¹² 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.¹³

Para além da existência de limites de ordem formal, temporal e circunstancial,¹⁴ todos agasalhados expressamente pela nossa vigente Constituição Federal de 1988 e que aqui não serão analisados, 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

¹² Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª 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).

¹³ Neste contexto, convém lembrar o magistério de John Rawls, *O Liberalismo Político*, 2ª ed., São Paulo: Ática, 2000, p. 289, ao destacar quais seriam, em síntese, as principais tarefas das emendas constitucionais: a) promover o ajuste dos valores constitucionais básicos às circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação; b) incorporar à Constituição uma compreensão mais ampla e abrangente destes valores; c) aproximar a Constituição das suas promessas originais; e/ou d) ajustar as instituições constitucionais básicas à prática constitucional subsequente, de tal sorte a eliminar eventuais pontos fracos. Sem que se vá aqui controverter a respeito do elenco de funções da reforma constitucional oferecido por Rawls, verifica-se, de outra parte, o quanto são acertadas as palavras de Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 315, ao referir que a discussão em torno da reforma de uma Constituição (e, portanto, também das funções da própria reforma, poderíamos acrescentar) apenas faz sentido após a resposta a duas questões preliminares: a) o que as Constituições devem fazer; b) o que as Constituições podem efetivamente alcançar; Em suma, importa que se tenha sempre em mente que a discussão sobre as funções de uma Constituição (os seus limites e possibilidades) guarda direta conexão com a problemática da reforma constitucional. De resto, cuida-se de tema merecedor de uma análise mais aprofundada também entre nós.

¹⁴ A respeito dos limites ao poder reformador v., no âmbito da manualística nacional, além clássicos e indispensáveis contributos de José Horário 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*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 67 e ss., Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, a recente doutrina de André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49-50.

conteúdos da Constituição tidos como essenciais, ao menos de acordo com o entendimento do Constituinte. Neste 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 (em adquirindo permanência), a vigorar também no futuro.¹⁵ 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 destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.¹⁶

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,¹⁷ verifica-se, 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”.¹⁸ 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.¹⁹

¹⁵ Esta a pertinente observação de Paul Kirchhof, “Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten”, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HBStR), vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, p. 779.

¹⁶ 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 Cármen Lúcia Antunes Rocha, “Constituição e Mudança Constitucional...”, in: RIL nº 120 (1993), p. 176.

¹⁷ Acompanhamos, neste ponto, o magistral e original conceito proposto por Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª 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”.

¹⁸ 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).

¹⁹ Neste sentido situa-se o entendimento de Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 995.

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”.²⁰ 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 percutiente 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.²¹ 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 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”.²²

Assim, verifica-se – a partir do exposto - que o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equacionamento 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, neste sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos ilegais (neste 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,²³ assim como da própria legitimidade, como convém acrescentar.

²⁰ Cf. lição de Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid: Tecnos, 1995, pp. 58-9.

²¹ Cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 106.

²² Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, p. 292.

²³ Cf. Paul Kirchhof, “*Die Identität der Verfassung...*,” p. 790.

2.2. 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. Com base especialmente na clássica e multicitada doutrina de Carl Schmitt,²⁴ 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.²⁵ 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 reformador²⁶, o que também ocorre na nossa atual Constituição, bastando aqui uma referência ao conteúdo ao seu artigo 60, parágrafo 4^o²⁷

Com efeito, como bem lembra Gilmar 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 nestes dispositivos se encontram ancorados os elementos e princípios essenciais da ordem constitucional,²⁸ o que apenas vem a confirmar a diferença entre uma reforma e uma supressão da Constituição.²⁹ Em verdade, os limites materiais expressamente estatuídos pelo Constituinte podem ser designados como constituindo uma espécie de “sumário de toda a tradição constitucional democrática”,³⁰ o

²⁴ *Teoría de la Constitución*, p. 119 e ss.

²⁵ 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.

²⁶ 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. 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.

²⁷ 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, par. 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, par. 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, par. 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, par. 1º).

²⁸ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Limites da Revisão*, p. 251, inspirado nas lições do publicista germânico B.O. Bryde.

²⁹ Cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 123.

³⁰ Cf. Vital Moreira, *Constituição e Revisão Constitucional*, Lisboa: Editorial Caminho, 1980, p. 102, muito embora referindo-se ao caso de Portugal.

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.³¹

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 desta natureza, que, por não consagradas no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais implícitos (imanescentes ou não-escritos).³² Com efeito, também entre nós a doutrina majoritária – a despeito de importantes posicionamentos em sentido contrário³³ - reconhece a existência de limites materiais implícitos à reforma constitucional, não se registrando, contudo, unanimidade a respeito de quais sejam exatamente estes limites.³⁴ Nesta 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 esta mesma idéia, advogava o ponto de vista de acordo com o qual o espírito da Constituição traçava certos limites implícitos às alterações da Constituição.³⁵ A doutrina dos limites implícitos costuma também ser reconduzida ao pensamento de Carl Schmitt, já que a identidade da Constituição

³¹ 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.

³² Neste sentido já se posicionava o nosso clássico Nelson de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, pp. 92 e ss.

³³ 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.

³⁴ 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).

³⁵ Cf. a lembrança de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, p. 111, muito embora sua conhecida postura crítica em relação à doutrina dos limites implícitos.

(independentemente de qualquer limitação expressa) jamais poderia vir a ser destruída por uma reforma constitucional.³⁶ 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.³⁷ 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 limites expressos consiste basicamente em impedir controvérsias a respeito de quais seriam os verdadeiros limites à reforma constitucional.³⁸

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.³⁹ Nesta 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.⁴⁰ Com isto 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

³⁶ 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.

³⁷ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 996.

³⁸ Cf. o magistério de Vital Moreira, *Constituição e Revisão Constitucional*, p. 103.

³⁹ Neste sentido, entre nós, a lição de Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª 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”.

⁴⁰ Cf. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Barcelona: Editorial 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).

formal. No caso específico da Constituição Federal de 1988, basta um breve exame do elenco constante no artigo 60, parágrafo 4º (que enuncia os limites expressos) para verificar o quão necessária se torna a admissão de limites implícitos, ainda mais considerando-se estes 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.⁴¹ 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 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”⁴²

Poder-se-á sustentar, na esteira deste entendimento, que todos os princípios fundamentais do Título I da nossa Constituição (artigos 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 artigo 60, parágrafo. 4º, incisos I a IV, da Constituição de 1988. Ainda que se tenha como demasiada esta 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 não, ainda mais quando o mesmo assume relevantes funções autônomas e não apenas como núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando este for o caso.⁴³ Mais recentemente, sustentou-se - em nosso sentir, com boas razões - a inalterabilidade da forma de governo republicana e do sistema presidencialista, argumentando-se, neste sentido, que, com base na consulta popular efetuada em abril de 1993, a República e o Presidencialismo

⁴¹ 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.

⁴² Cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 122.

⁴³ 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*, 2ª 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 artigo 60, parágrafo 4º, da Carta de 1988.

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.⁴⁴ Ressalte-se, neste contexto, que a decisão, tomada pelo Constituinte, no sentido de não enquadrar estas decisões fundamentais no rol das “cláusulas pétreas” (artigo 60, parágrafo 4º), somada à previsão de um plebiscito sobre esta matéria, autoriza a conclusão de que se pretendeu conscientemente deixar para o povo (titular do Poder Constituinte) esta opção.⁴⁵

Já no que diz com os direitos fundamentais, que atualmente constituem limite material expresso (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal), aparentemente não subsistem razões para continuar a considerá-los limites implícitos, a exemplo do que ocorria no constitucionalismo pretérito.⁴⁶ 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 artigo 60, parágrafo 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 no próximo capítulo, visto cuidar-se do problema central 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 nesta 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,⁴⁷ tema que, em que pese a sua particular relevância, deixaremos aqui de desenvolver, justamente por merecer tratamento mais detido.

Por derradeiro, importa deixar consignado, ainda, - muito embora não se tenha aqui o propósito de desenvolver este ponto -, 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.⁴⁸

⁴⁴ Cf. a posição de Raul Machado Horta, *Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional*, in: Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 78/79 (1994), pp. 15-6.

⁴⁵ Cumpre lembrar que desde a Constituição de 1891 o princípio republicano marcou presença dentre os limites expressos à reforma constitucional.

⁴⁶ Dentre os que consideravam os direitos fundamentais limites materiais implícitos destaca-se Nelson de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 93.

⁴⁷ Entre nós, também este já era o entendimento do clássico Nelson de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*, p. 93. No âmbito da doutrina constitucional mais recente, a maioria dos autores sustenta a inviabilidade (implicitamente imposta pelo Constituinte) de uma revisão dos próprios limites formais e materiais à reforma, citando-se aqui, dentre tantos outros, as contribuições de Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 998 e ss., Vital Moreira, *Constituição e Revisão Constitucional*, p. 105 e ss. Pedro de Vega, *La reforma constitucional...*, p. 265 e ss. Entre nós, v. o recente contributo de Luís Virgílio Afonso da Silva, *Ulisses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado*, in: Revista de Direito Administrativo nº 226, out/dez. 2001, p. 29

⁴⁸ Esta a oportuna consideração de Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Constituição e Mudança Constitucional...*, p. 178.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO 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 considerado, consoante já assinalado, um dos indicadores da fundamentalidade formal e material das normas que os consagram, aqui no sentido de uma proteção privilegiada no âmbito da arquitetura constitucional. Todavia, também no que tange a este aspecto não são poucas as indagações com as quais se depara todo aquele que objetiva aprofundar-se no exame da matéria, já que o artigo 60, parágrafo 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 artigo 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 artigo 60, parágrafo 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 (artigo 5º da Constituição Federal) se encontram incluídos no rol das “cláusulas pétreas” de nossa Constituição. Caso fôssemos aferrar-nos a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6 a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como, de modo geral (a não ser o sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, parágrafo 4º, inciso II) os direitos políticos (artigos 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, parágrafo 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 artigo 5º não poderiam ser merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. Caso assim fosse, os direitos essenciais de participação política (artigo 14), a liberdade sindical (artigo 8º) e o direito de greve (artigo 9º), apenas para citar alguns exemplos, encontrar-se-iam em condição inferior aos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. Paradoxalmente, em se levando ao extremo este 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 artigo 5º, inciso XXXII, que dispõe sobre a proteção do consumidor, na forma da lei, apenas para mencionar outro exemplo emblemático. Neste contexto, sustentou-se que a expressão “direitos e garantias individuais”, utilizada no artigo 60, parágrafo 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 estes direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do artigo 5º de nossa Lei Fundamental.⁴⁹

Para os que advogam uma interpretação restritiva do artigo 60, parágrafo 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 artigo 5º podem ser considerados “cláusula pétrea”. A viabilidade desta 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 (artigo 17 da Constituição da República Portuguesa), destacando-se, neste particular, a sua condição de limites materiais ao poder de revisão da Constituição, tal qual enunciado no artigo 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 oportunidade⁵⁰ 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.

⁴⁹ Cf. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, p. 182.

⁵⁰ 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: o mesmo (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.

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 artigo 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 esta categoria de direitos no artigo 60, parágrafo 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.⁵¹ 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 artigo 5º da CF acabaria por excluir (caso levada as últimas conseqüências) também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, de nossa lei Fundamental.⁵²

Todas estas 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)⁵³ se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do artigo 60, parágrafo 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

⁵¹ Cf. Otávio Bueno Magano, *Revisão Constitucional*, in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n° 7 (1994), pp. 110-1, chegando até mesmo a sustentar não apenas a possibilidade, mas inclusive a necessidade de se excluírem os direitos sociais da Constituição.

⁵² Não esqueçamos, como oportunamente averbou Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo: Companhia das Letras, 1991, pp. 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”.

⁵³ Cf. Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, especialmente p. 70 e ss.

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 artigo 1º, incisos. I a III, e artigo 3º, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado da nossa Constituição.⁵⁴ 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.⁵⁵ 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 estes direitos proteção jurídica diminuída. Neste caso, fatalmente os direitos sociais acabariam sofrendo um significativo déficit no âmbito de sua fundamentalidade, já que – ressalvadas as limitações de ordem formal - ficariam à disposição da legislatura ordinária, bastando uma maioria qualificada e um procedimento mais agravado para a sua supressão da Constituição.

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.⁵⁶ É o indivíduo que tem assegurado o 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 (artigo 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 este 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.

⁵⁴ Neste sentido o entendimento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*, pp. 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 artigo 1º, “caput” e seus incisos II e V), que consagram o princípio democrático, o princípio da soberania popular, o pluralismo político, etc.

⁵⁵ Esta a pertinente lição de Raul Machado Horta, *Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional*, pp. 14-5.

⁵⁶ 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.

Neste contexto, importa lembrar as críticas tecidas em relação a este argumento, considerando que 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, já que, em verdade, diz com a vinculação de uns e de outros a diferentes estágios da formação do ethos do Estado constitucional”, no caso, na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do estado liberal individualista, e não ao estado social de cunho solidário.⁵⁷ Muito embora o argumento referido possa soar convincente, 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.⁵⁸ Da mesma forma, convém repisar que a Constituição de 1988 alberga tanto elementos liberais quanto sociais e que ambos compõem a identidade da nossa Carta. Além disso, em momento algum limitamo-nos a colacionar o argumento da titularidade individual de todos os direitos para fundamentar a nossa posição, já que esta é apenas uma boa razão entre outras.

Ao sustentarmos que a proteção assegurada pelo Constituinte aos direitos individuais abrange os direitos sociais, na verdade nada mais fizemos do que admitir que estes estão subentendidos (e neste 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 (na condição de limites materiais) estão sujeitos à mesma proteção contra reformas constitucionais que os demais conteúdos essenciais da Constituição. Por esta razão, a divergência entre as teses que integram os direitos fundamentais sociais no âmbito direto de proteção do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV (argumentando com base na titularidade individual) e os que, muito embora rechaçando este 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.

⁵⁷ 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).

⁵⁸ 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).

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.⁵⁹ 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.⁶⁰ No nosso sentir, esta linha argumentativa apenas poderia prevalecer caso partíssemos da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais e que estes (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 sentido formal, quanto no material.⁶¹ De qualquer modo, é possível questionar a competência dos poderes constituídos para decidirem qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental (notadamente de decidir qual não é fundamental em sentido material), decisão esta 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 deste 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 artigo 5º da nossa Carta Magna (já que também ali se encontram diversos exemplos de questionável fundamentalidade material⁶²) haveriam

⁵⁹ Este o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas*, p. 16, que, no entanto, reconhece que o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do art. 5º.

⁶⁰ 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).

⁶¹ 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*, vol. IV, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 09.

⁶² Poderíamos mencionar apenas a proteção às participações individuais em obras coletivas, tal qual enunciado no artigo 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 (artigo 5º, inciso XXXI).

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 esta 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.

Exemplo desta atuação do Poder Judiciário é a paradigmática decisão do nosso Supremo Tribunal Federal, quando, com base na cláusula de abertura (e, portanto, na norma geral inclusiva, da qual nos fala Juarez Freitas⁶³) consagrada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Carta Magna, além de reconhecer a existência de outros direitos e garantias fundamentais dispersos pelo texto da Constituição (para além dos previstos no Título II), outorgou a estes direitos (no caso, as garantias constitucionais do cidadão contra o poder de tributar do Estado) a proteção inerente aos limites materiais à reforma.⁶⁴ Assim, se por um lado é certo que o Supremo não chegou a se posicionar de modo direto e conclusivo sobre os direitos fundamentais sociais, por outro, o posicionamento adotado no mínimo (o que não é pouco) harmoniza com a idéia de que o elenco das “cláusulas pétreas” não se encontra limitado ao rol do artigo 5º da Constituição.

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

⁶³ Cf. Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 206.

⁶⁴ Cf. decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, publicada no DJU em 18.03.94, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, onde restou declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, por ofensa ao princípio da anterioridade (artigo 150, inciso III, letra “b”, da Constituição), considerado autêntico direito e garantia fundamental individual do cidadão contribuinte.

nossa ordem constitucional. Com efeito, uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas”, que tem por legítimo objetivo impedir uma petrificação de toda a Constituição, não pode prevalecer diante de uma exegese sistemática, que tenha sempre presente a necessidade de preservar os elementos essenciais de uma determinada Lei Fundamental, 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”.⁶⁵

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 (como, de resto, bem decidiu o nosso Supremo Tribunal Federal⁶⁶), 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 em outra oportunidade. 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando-se os principais pontos colacionados ao longo do texto, consideramos que 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”

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Para o Supremo Tribunal Federal, consoante decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024/DF, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que apenas veio a sufragar entendimento anterior da nossa mais alta Corte, as limitações materiais ao poder de reforma constitucional “não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nela se protege”.

(por mais necessário que seja) deve ser mantido sob rigorosos limites, estes fixados expressa e/ou implicitamente pelo Poder Constituinte Originário. Dentre estes 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 artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa 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. Portanto, seja qual for o tipo de direito fundamental em questão, a incidência material das “cláusulas pétreas” deverá se 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. Convém lembrar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em seu *leading case* sobre a matéria, além de haver reconhecido (com base no artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta Magna) a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, coerentemente outorgou a estes direitos a proteção das “cláusulas pétreas” da Constituição.

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 estas utopias, não estando autorizado a afastá-las ou esvaziá-las de sentido. Neste 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 direitos fundamentais sociais) constituem garantias indispensáveis para evitar 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”.⁶⁷

⁶⁷ 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.

