

INABOLIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

INABOLIBILITY OF SOCIAL RIGHTS

Renato Lovato Neto¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos Sociais Podem ser Abolidos por Emenda Constitucional?; 2 Limites aos Direitos Sociais; 3 Os Direitos Sociais como Núcleo do Modelo de Estado Brasileiro; 4 Princípio do não Retrocesso Social; 5 Direitos Sociais como Cláusulas Pétreas; 6 Direitos Sociais como Limites Materiais Implícitos; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Os direitos sociais consistem em direitos fundamentais de elevada importância ao ordenamento jurídico pátrio. A interpretação literal do artigo 60, §4º, da Constituição Federal de 1988, retira estes direitos do manto protetivo das cláusulas pétreas e deixados à disposição para livres alterações pelo Poder de Reforma. O trabalho visa contrapor esta idéia ao examinar os argumentos contrários à interpretação sistemática do dispositivo e busca alargar o seu alcance, com a análise do princípio do não retrocesso social, do mínimo social, das limitações de aplicação dos direitos sociais e, por fim, de sua colocação como limites materiais implícitos às Emendas Constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais; Poder de Reforma; Limites Materiais Implícitos; Cláusulas Pétreas.

ABSTRACT

The social rights consists in fundamental rights of high importance in the national legal order. The literal interpretation of the article 60, §4º, from the Constituição Federal from 1988, these rights are removed from the protection of the stony terms and leaved to the free modifications by de Reform Power. This paper aims to oppose this idea examining the arguments against the sistemical interpretation of the device and try to enlarge its range with the analysis of no social regression principle, social minimun, social rights limitations and, lastly, its placement as implicit material limits to the Constitutionals Amendments.

KEY-WORDS: Social Rights; Reform Power; Implicit Material Limits; Stony Terms.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná, Brasil; Linha de pesquisa em "Constitucionalismo e Produção do Direito"; estudante; rloatoneto@gmail.com

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais constituem direitos fundamentais (dispostos no Título II da Constituição, sobre os direitos e garantias fundamentais) de deveras importância ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Assim, o esforço em apurar se a hipótese destes direitos serem abolidos por emenda ser vedada ou não ganha relevância, na medida em que o constituinte originário não dissertou explicitamente sobre a questão, o que gera questão problemática nas nuances das vedações materiais de emendas à constituição.

O artigo 60 da Constituição Federal de 1988 dispõe em seu §4º, inciso IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente* a abolir os direitos e garantias individuais. Entretanto, o constituinte originário foi infeliz ao expressar a sua vontade com a polêmica roupagem de “direitos e garantias individuais”, o que inviabiliza a estabilização da produção doutrinária em relação a isso.

O trabalho visa à explanação dos conceitos relacionados ao posicionamento dos direitos sociais dentro da sistemática constitucional com a análise do dispositivo que determina as cláusulas pétreas, da expressão “direitos e garantias individuais” empregada e da colocação dos direitos sociais nesta classificação.

Ainda, para o fim que se propõe, a obra explora as limitações jurídicas, fáticas e metodológicas para a aplicação dos direitos sociais e como isto interfere na divergência doutrinária, jurisprudencial e política quanto à concepção de inaboliáveis ou não em matéria de direitos sociais. Na realidade, nesta linha, o texto dispensa específica atenção á reserva do possível em face da vedação do retrocesso social.

Por fim, destaque à alternativa de interpretação dos direitos sociais como limites materiais implícitos ao poder de reforma da Constituição Federal de 1988, se não for possível o entendimento daqueles como cláusulas pétreas.

Para a finalidade que se propõe, o artigo recorre ao estudo de doutrinadores que propõem o alargamento do previsto no art. 60, §4º, da CF/88 com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana sem estar a mercê do movimento extremamente parcial e com base em interesses pessoais que reina no Poder Legislativo da União Federal.

1 DIREITOS SOCIAIS PODEM SER ABOLIDOS POR EMENDA CONSTITUCIONAL?

O art. 60, §4º, da CF/88 veda alterações no texto constitucional apenas no sentido de “abolir” direitos que constituem um núcleo essencial da Carta Magna, pois nada proíbe modificações que alarguem o alcance destes direitos fundamentais ou mesmo que mude a redação dos artigos, desde que jamais apontem para qualquer supressão ou eliminação destes.

Destarte, como salienta Gilmar Mendes², parte dos estudiosos do Direito nega a inclusão dos direitos sociais nas limitações materiais às Emendas Constitucionais (pois o artigo 60 da CF/88 se refere aos direitos e garantias *individuais* e não aos direitos fundamentais, situação então em que se incluiriam os direitos sociais), enquanto outra parte aceita a inserção destes direitos ao argumentar que os direitos sociais estariam no bojo da dignidade da pessoa humana, considerada fundamento da República Federativa do Brasil no Título I da Carta (art. 1º, inc. III).

João Luiz Esteves³ cita o entendimento radical de Sarlet para refutar a alegação de que os direitos sociais não estariam abrangidos pela expressão “direitos e garantias individuais”:

Sarlet questiona ainda a teoria que divide os direitos fundamentais entre individuais e coletivos ou sociais. Entende (...) que todos os direitos fundamentais são, em última análise, de natureza

² MENDES, G. F. & Outros. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224.

³ ESTEVES, J. L. M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007, p. 45.

individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva: não haveria, portanto, distinção a ser realizada.

Assim Sarlet⁴ disserta que:

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. 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 (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 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. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos). Contestando esta linha argumentativa, Gustavo Costa e Silva, sustenta que a “dualidade entre direitos “individuais” e “sociais” nada tem a ver com a titularidade, remetendo, em verdade, à vinculação de uns e outros a diferentes estágios da formação do *ethos* do Estado constitucional,” no caso – tal como segue argumentando o autor – na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do Estado liberal e individualista, e não ao estado social, de cunho solidário. Todavia, ainda que se reconheça a inteligência da crítica (o autor, de qualquer sorte, acaba reconhecendo que os direitos sociais integram os limites materiais implícitos), parece-nos que a resposta já foi fornecida, designadamente quando apontamos para o fato de que não é possível extrair da nossa Carta Magna um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional. Além do mais, em momento algum nos limitamos a colacionar o argumento da titularidade individual de todos os

⁴ SARLET. I. W. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: setembro/ 2011.

direitos como fundamento exclusivo de nossa posição, já que esta constitui apenas uma razão entre outras.

O juízo extremo de Ingo Sarlet não assenta corrente majoritária. Todavia, mesmo que não se aceite tal entendimento quanto à configuração de direitos sociais como individuais, o absurdo que resulta da interpretação declarativa do referido inciso nada mais demonstra a infelicidade do constituinte no termo utilizado.

Na realidade, a análise literal do supracitado inciso revela a cômica idéia de que os direitos sociais não estão inclusos no rol das cláusulas pétreas e, como leciona Almeida ⁵, “abre um horizonte para a imprecisão dos vocábulos usados”, além de excluir alguns direitos fundamentais do artigo 5º (que se refere a direitos individuais e coletivos) e outros direitos fundamentais metaindividuais (como o meio ambiente sadio), o que constituiria fato contrário a razão em um Estado Democrático e Social de Direito e com relação à característica sistemática do texto constitucional.

Ao comentar o problema do termo utilizado no artigo 60, §4º, inc. IV, Ferreira Filho⁶ muda o foco da discussão ao deixar de lado a questão dos direitos em tese serem ou não individuais, versando o autor que não haveria porque discriminá-los em determinada categoria (na medida em que todos compõe o quadro de direitos fundamentais constitucionais), que escreve que:

A limitação do poder pela definição de direitos e garantias fundamentais é assim erigida em ponto intocável pela atual Constituição. (...) Interpretado esse texto literalmente, a proibição apenas alcançaria as “liberdades públicas”, não os direitos econômicos e sociais. Mas, não havendo razão para distinguir entre aquelas e estes que todos são direitos humanos fundamentais, parece forçoso reconhecer que o constituinte disse menos do que desejava, de modo que a inabolibilidade alcança não só os direitos do Homem da primeira, mas também os da segunda geração (...).

⁵ ALMEIDA, D. C. **A fundamentalidade dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8613>>. Acesso em setembro/ 2011.

⁶ FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 366.

Os direitos sociais, mesmo que não sejam considerados como direta e unicamente ligados ao indivíduo, constituem pressupostos para o gozo dos demais direitos individuais, para o exercício eficaz da igualdade formal e da isonomia material⁷, daí a importância de sua tutela e efetivação.

2 LIMITES AOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 A RESERVA DO POSSÍVEL

Mendes⁸ ressalta que os autores que afastam os direitos sociais do rol do artigo 60 ainda defendem o fraco argumento de que, por serem direitos a prestação (o Estado deveria atuar em certo sentido para concretizar o direito fundamental), não poderiam ser imodificáveis no corpo da constituição por estarem limitados à reserva do possível e sua efetivação condicionada aos recursos disponíveis ao Estado em dado momento. Na realidade, os dispositivos que explicitam os direitos sociais não são meras normas programáticas, porque possuem um grau mínimo de eficácia, isto é, a Constituição acolhe a garantia de um *mínimo social* dos direitos a prestação, como leciona Mendes⁹, com auxílio dos ensinamentos de Canotilho.

Importa dizer que o mínimo social ou existencial que se encontra no âmago da Carta Magna não consiste tão somente no mínimo vital, pois se caracteriza como um conjunto de direitos e carências do indivíduo muito mais amplo do que as meras condições que a sobrevivência exige. Desta forma, enquanto o mínimo vital reflete apenas os pressupostos necessários para simples subsistência, o mínimo social entretém os instrumentais aptos a garantia da vida digna do ser humano.

⁷ José Afonso da Silva *apud* FARIA, J. E. **Direitos humanos direitos sociais e justiça**. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2002, p. 125.

⁸ MENDES, G. F. & Outros. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224.

⁹ MENDES, G. F. & Outros. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 263.

Em se falando das condições mínimas que o Estado deve fornecer ao indivíduo como direitos à prestação (material ou formal), há de se enfatizar que as necessidades básicas de cada indivíduo em determinada sociedade não podem ser tratadas de forma abstrata. Na realidade, não como manusear os direitos sociais fundamentais em níveis generalizados a toda sociedade, pois ocorrem divergências nas carências do ser humano em diferentes locais, inclusive dentro de pequenos espaços.

Ao examinar os pilares do mínimo social que será despendido à população pela máquina estatal, as peculiaridades locais surgem como ponto nevrálgico para a expansão das prestações do Estado, isto é, as garantias básicas que ele fornece com a finalidade de garantir a dignidade da existência devem abranger uma gama de outros serviços e afins e ponderar uma diversidade de fatores, sob pena da atuação do Estado se tornar inócua.

O princípio da universalidade quando se trata de direitos fundamentais sociais recai sobre duas concepções: a de que todas as pessoas são titulares de direitos dessas espécies e a de que todas as pessoas são titulares de todos estes direitos.

A segunda idéia finda em incabível em uma dimensão global e local, quando se encontra divergências sociais, legais e políticas até mesmo em pequenas esferas. Assim, resta compreensível que se entenda o ser humano sempre como titular de direitos fundamentais e humanos, mas que há direitos particulares para determinados grupos de indivíduos.

O princípio da universalidade não se encontra positivado diretamente no ordenamento jurídico pátrio, porém ele surge da interpretação sistemática da CF/88 em face do princípio e direito fundamental a igualdade formal e material.

Destarte, com interpretação da universalidade à luz da igualdade, a própria Constitucional exige que se quebre a igualdade formal e dirija alguns direitos a específicos segmentos da sociedade justamente para consolidar a isonomia material, determinando então que todos os seres humanos, simplesmente por existirem, são sujeitos de direitos humanos e fundamentais e que, através

destes, será estabelecido a igualdade material e garantida a dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais vestem o manto da inabolibilidade e consolidam-se como obrigações mínimas que o constituinte impôs ao Estado. Ora, se os direitos sociais forem absolutamente limitados pela reserva do possível, será admitida a mensuração pecuniária de direitos sociais, de modo que um indivíduo em uma dada situação em que as condições materiais do Estado permitem a realização plena destas obrigações sociais teria um direito social de maior valor que um indivíduo em uma situação contrária, o que seria absurdo.

O Estado não pode se escusar sob a obscura desculpa da dependência de recursos variáveis no tempo para modificar, na forma de Poder Constituinte de Reforma, dispositivos que o obrigam a prestar exigências mínimas para a existência digna do ser humano.

De qualquer forma, os dispositivos positivadores de direitos sociais na CF/88 devem ser interpretadas de modo a extrair o seu conteúdo de normas de otimização, de modo a obrigar o Estado a atuar no sentido de respeito a este núcleo essencial ponderado no caso concreto e de concretização dos parâmetros básicos à consecução da dignidade da pessoa humana.

2.2 LIMITAÇÕES JURÍDICAS, FÁTICAS E METODOLÓGICAS

Neuner¹⁰ disserta sobre os limites jurídicos, fáticos e metodológicos de forma definitiva e expõe e dissecar os argumentos quanto às restrições aos direitos sociais:

1. Limites jurídicos

Os direitos humanos sociais são limitados por meio de vários princípios formais e materiais, os quais evitam que o pensamento protetivo social seja empregado de modo excessivo ou até mesmo absolutizado.

¹⁰ NEUNER, J. Os direitos humanos sociais. **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, v. 1, t. 2.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 158.

a) Os direitos humanos liberais

Uma restrição essencial constituem os direitos humanos liberais, os quais não devem ser lesados em seu âmbito nuclear. A proteção social, portanto, não pode conduzir a que os direitos de terceiros sejam desproporcionalmente onerados. (...)

b) O princípio da subsidiariedade

(...) significa que o Estado deve respeitar a singularidade das unidades sociais mais baixas e não deve chamar a si as competências originárias que a elas pertencem. (...) O indivíduo é, por isso, remetido prioritariamente a cuidar de si e de sua família.

c) O princípio da separação dos poderes

O Poder Judiciário é, em princípio, vinculado às prescrições legislativas e está apenas autorizado a desenvolver o Direito no caso de lacunas legais, bem como no caso de notórias violações contra o âmbito nuclear absoluto dos direitos humanos sociais. (...) é excepcionalmente admissível uma derrogação legal em cenários de graves ofensas à dignidade humana (...).

2. Limites fáticos

a) Os recursos

Direitos humanos sociais são dependentes dos recursos existentes. (...) Esses limites naturais (ultra posse Nemo obligatur) não encarnam, entretanto, particularidades sociais, mas constituem um fenômeno jurídico universal. Não obstante, a crítica parte da idéia de que falta aos direitos humanos sociais, a priori, um componente objetivo da capacidade prestacional e que, com isso, esses direitos não garantem de modo típico autênticas pretensões jurídicas.

b) As condições econômicas básicas

Prestações sociais precisam se adaptar ao contexto econômico, o que significa levar em consideração, a participação das despesas estatais no PIB, o endividamento estatal e a capacidade contributiva dos cidadãos. Conseqüentemente, constitui também o Estado Fiscal, assim, uma restrição para prestações sociais. Essas afirmações, porém, em nada modificam a classificação dos direitos humanos sociais como mandamentos de otimização, mas apenas ratificam o caráter principiológico desses direitos.

3. Limites metodológicos

a) A necessidade de especificação

Todos os direitos humanos necessitam, em virtude da sua estrutura principiológica, de concretização. A necessidade de uma pormenorizada determinação de conteúdo é imediatamente evidenciada ao se questionar acerca do que significa (...). (...) falta aos direitos sociais suficientes concretude e precisão. A título de fundamentação, foi referido essencialmente que esses direitos não possuíam uma extensão consistente, normatizável de antemão, e diriam respeito a uma realidade sempre cambiante. (...) Também o direito ao mínimo existencial mostra um conteúdo bem "próximo à realidade": ele abrange aquilo que é necessário à vida e à integridade corporal.

b) A necessidade de implementação

Contra uma aplicabilidade judicial dos direitos humanos sociais é ainda objetado que eles não seriam aplicáveis sem implementação legislativa, de tal sorte que não seriam justificáveis. (...) O juiz deve pura e simplesmente afirmar as exigências mínimas sociais

conformes ao critério dos direitos humanos universais, os quais não de ser então observados pelos litigantes de algum modo (...). Também no caso dos direitos prestacionais diante do Estado, que de qualquer modo não abrangem desejos irrealísticos, como uma pretensão individual ao trabalho, é possível uma sentença condenatória, tanto mais que a diferença entre direitos prestacionais e defensivos.

Assim sendo, embora de fato existam restrições à aplicação dos direitos sociais, nenhuma destas alegações pode servir de amparo para a idéia de afastamento da proteção merecida por essa espécie de direitos sob o manto das cláusulas pétreas ou como limitações materiais implícitas à reforma da Constituição Federal de 1988.

3 OS DIREITOS SOCIAIS COMO NÚCLEO DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO

Os direitos sociais estão contidos no âmbito hermenêutico da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e, por isso, exige-se a sua proteção com a natureza de cláusulas pétreas. Ora, o título que dispõe sobre os princípios fundamentais na CF/88 ainda menciona os valores sociais do trabalho (art. 1º, inc. IV), a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 2º, inc. I e III), fundamentos e objetivos da República que devem ser compreendidos de forma sistemática com a idéia de dignidade.

Importa destacar que o preâmbulo da Constituição Federal se refere expressamente ao objetivo da República Federativa do Brasil de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” e que, embora não seja norma jurídica, a transcrita disposição tem função deverás essencial na aplicação do texto constitucional, revelando o caráter social do Estado brasileiro e o valor dos direitos sociais nesse contexto.

A interpretação conjunta e sistemática dos princípios fundamentais dispostos na Carta Magna traz à tona a necessidade constitucionalmente declarada de

extensão do grupo de direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas, instrumento ideal, único e eficaz para a defesa dos valores essenciais ao Estado e à sociedade brasileira. Ademais, os direitos sociais são basilares no conceito do Estado Democrático e Social de Direito que configura o Estado brasileiro e nada mais natural que esses direitos se corporifiquem como não sujeitos à abolição sob a proteção de cláusulas pétreas, não obstante a expressão utilizada no artigo 60 da CF/88 para limitar os direitos abarcados por tal benefício.

O compromisso em defender valores de suma relevância ao ordenamento constitucional pátrio resulta da necessidade de protegê-los – junto a um núcleo material essencial, qual seja, as cláusulas pétreas – da arbitrária vontade das maiorias que a democracia pode instrumentalizar no foro parlamentar e garante a identidade do Estado Social Democrático de Direito pátrio configurada na Carta Magna.

4 PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 26, consolida o *princípio do não retrocesso social* ou *da aplicação progressiva dos direitos sociais*, recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 5º, em seu parágrafo 2º (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). O professor José Joaquim Gomes Canotilho¹¹ assim define o referido princípio:

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata de (...) garantir em abstracto um *status quo* social (...). A liberdade de conformação do legislador e

¹¹ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 339-340.

inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando (...) se reduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. **(grifo do autor)**

Embora esta teoria não esteja totalmente difundida no Brasil no sentido de dominar a *praxis* jurídica, ela encontra adeptos de grande porte e influência doutrinária, tais como Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan e Luis Roberto Barroso, como observa Maciel¹², que ainda saca Streck para lecionar que:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet¹³ ilustra a importância do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Luís Roberto Barroso¹⁴, quanto ao princípio do não retrocesso, leciona que:

(...) por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um madamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

¹² MACIEL, A. S. **Do Princípio do não-retrocesso social**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1926>>. Acesso em: setembro/ 2011.

¹³ SARLET. I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 451.

¹⁴ Luís Roberto Barroso *apud* SARLET. I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 449.

5 DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

Sarlet¹⁵ ilustra sumariamente alguns argumentos contra à inclusão dos direitos sociais no rol do art. 60, §4º, CF/88 e os rebate com veemência:

Já com relação à inclusão dos direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais à reforma constitucional, em se tomando como ponto de partida o enunciado literal do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar – e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista – que apenas os direitos e garantias individuais do artigo 5º da CF se encontram blindados contra a atuação do poder de reforma da Constituição. Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto, já previsto no elenco do inciso IV do § 4º do art. 60) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, § 4º, inc. 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 seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer, pelo menos não na sua versão mais extremada. Caso assim fosse, alguns dos 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 a dos 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 apenas o mandado de segurança individual, mas não o coletivo, integra as “cláusulas pétreas”! Neste contexto, foi inclusive sustentado que o termo “direitos e garantias individuais”, utilizado no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF, não foi reproduzido 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 art. 5º de nossa Lei Fundamental. Para os que advogam uma interpretação restritiva, abre-se, todavia, alternativa argumentativa. Com efeito, poder-se-á sustentar, ainda, que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais

¹⁵ SARLET. I. W. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROP_OLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: setembro/ 2011.

equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º podem ser considerados “cláusula pétrea”, ou mesmo, aos assim designados direitos civis e políticos, de titularidade individual, embora neste caso a tutela contra a supressão por meio de emendas constitucionais alcançaria também direitos não previstos no artigo 5º, mas excluiria os direitos sociais. A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de levar em conta a existência, nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos), como é o caso, entre outros, do direito de greve da liberdade de associação sindical, também se encontrariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. Também por esta razão, ainda mais à míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas “cláusulas pétreas”. No direito constitucional brasileiro, a despeito dos argumentos já colacionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, integrar as “cláusulas pétreas” da Constituição pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5º. Além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, ou mencionando expressamente esta categoria de direitos no artigo 60, § 4º, inc. IV, ou referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais. Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira, diferentemente de outras ordens constitucionais, como é o caso da já referida Constituição da República Portuguesa, não traça uma genérica e expressa 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 previstos no artigo 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inc. IV, de nossa lei Fundamental.

Flávia Piovesan¹⁶, em brilhante exposição, conclui e esclarece a posição dos direitos fundamentais sociais como direitos de acentuada importância para o constitucionalismo brasileiro e sua conseqüente armadura de cláusula pétrea:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.

O douto professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷ ao discorrer sobre cláusulas pétreas e a redação do artigo 60, §4º, inc. IV, da CF/88, expõe que:

Na tradição do direito constitucional, direitos e garantias individuais são os direitos de liberdade, típicos da primeira geração. Não tem sentido, todavia, imaginar que a Constituição diferencie entre os direitos fundamentais, garantindo a inabolibilidade de uns – as liberdades – e não de outros, os **direitos sociais** e os de direitos de solidariedade. Assim, deve-se entender que a cláusula de inabolibilidade abrange **todos** os direitos fundamentais. (**grifo nosso**)

Destarte, não há como negar a posição dos direitos sociais como direitos fundamentais dignos da proteção oferecida pelas cláusulas pétreas, devido a sua elevada posição de destaque na Carta Magna. Ora, estes encontram lastro favorável no texto constitucional, incluídos entre os direitos fundamentais no Título II e gozam de título especial sobre a Ordem Social¹⁸.

Por fim, Tavares¹⁹ recolhe na obra de Sarlet argumentos, de qualidade insuperável, contrários à interpretação literal e restritiva do art. 60, §4º, inc. IV:

¹⁶ PIOVESAN, F. **Não à desconstitucionalização dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: setembro/2011.

¹⁷ FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.

¹⁸ ESTEVES, J. L. M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007, p. 45.

¹⁹ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 55.

(...) i) não se pode admitir, na Constituição brasileira, nenhuma primazia entre os direitos de defesa (liberdades clássicas) e os direitos sociais, pois em nenhum momento a Constituição alberga tal diferenciação; ii) muitos dos direitos sociais são equiparáveis, em sua estrutura e regime, aos direitos individuais, especialmente aos direitos do art. 7º; iii) a leitura literal restritiva teria de excluir do âmbito das cláusulas pétreas não apenas os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade (...) e os direitos políticos (com exceção do voto), que não foram também referidos expressamente no art. 60, §4º; iv) os direitos sociais e coletivos acabam sendo, ao final, direitos também de interesse individual, embora de expressão coletiva; e v) é questionável que os poderes constituídos possam indicar quais dos direitos fundamentais são irredutíveis, e quais não.

6 DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES MATERIAIS IMPLÍCITOS

Marta e Abujamra²⁰ escrevem sumariamente acerca das limitações ao poder de reforma da CF/88 a localizações dos direitos sociais neste aspecto:

a) Limites temporais: A maioria das Constituições pode ser reformada a qualquer tempo, estabelecendo um período inicial ou uma previsão de reforma a um termo certo, ou até mesmo as duas hipóteses. Entretanto, o que se observa é que mesmo podendo ser reformada, o texto constitucional limita no tempo, a ação reformista. Nesse sentido, observa-se que as normas de limitação temporal da revisão constitucional não podem ser afastadas por meio de reforma da Constituição. O Poder reformador não tem a faculdade de libertar-se das condições de tempo de seu exercício, impostas pelo legislador constituinte originário (período de imutabilidade constitucional).

(...)

b) Limites circunstanciais: As Constituições estabelecem esses limites de segurança para a reforma em decorrência de circunstâncias especiais. A nossa Lei Maior vigente prevê no seu art. 60, § 1º, a imutabilidade de suas normas durante o estado de sítio, o estado de defesa ou na vigência de intervenção federal.

(...)

c) Limites materiais: A limitação de cunho material significa que certo conteúdo da Constituição não se encontra à disposição do poder de reforma, sendo protegida pela chamada cláusula pétrea. Na Constituição vigente, o artigo 60, § 4º, CF dispõe que não será

²⁰ MARTA, T. N.; ABUJAMRA, A. C. P. **Regime de proteção dos direitos fundamentais sociais: cláusula pétrea ou limite material implícito** in Revista direitos fundamentais & democracia, Curitiba, vol. 7, n. 7, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/280/222>. Acesso em setembro/ 2011.

objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

(...)

As limitações do art. 60, § 4º, da Constituição vigente são limitações materiais explícitas – cláusulas pétreas, assim configuradas em sede de norma constitucional. Essas limitações não se esgotam com as linhas intransponíveis traçadas pelo poder de emenda. Há outras limitações difundidas nas regras constitucionais que estão implícitas. A existência de limites materiais justifica-se em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do constituinte, evitando-se que uma reforma ampla e ilimitada possa destruir a ordem fundamental.

(...)

Nesse contexto, integram a categoria de limitações implícitas os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I a V), o povo como fonte do poder (art. 1º, parágrafo único), os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º, I a IV), os princípios das relações internacionais (art. 4º, I a X, parágrafo único), os Direitos Sociais (art. 6º), os princípios da Ordem Econômica (art. 170, I a IX, parágrafo único), entre outros já citados ao longo do presente artigo. Os direitos sociais, mesmo que não se encontrem expressamente enunciados, sustentam-se na seara dos limites materialmente implícitos, conforme já assinalado. Mesmo com a possibilidade de serem incluídos literalmente nesse contexto, o certo é que estarão protegidos contra a reforma, mas continuarão dependentes da vontade política para a sua realização.

Assim sendo, se condizente for a interpretação restritiva do art. 60, §4º, da CF/88 e eliminado os direitos sociais como cláusulas pétreas – quer dizer, as disposições expressas determinando a inalterabilidade de certas disposições constitucionais –, cabível é o entendimento de que os direitos sociais, devido à suma importância dentro da sistemática da Carta Magna, são tutelados pelo conceito de limitação material implícita, ou seja, não podem ser alterados justamente por conformarem o modelo básico do Estado Social Democrático de Direito brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão dos direitos fundamentais sociais a característica de inabolibilidade – somente pela infeliz opção do constituinte pela expressão “direitos e garantias individuais” – constitui muita ingenuidade na interpretação do alcance da constituição ou mera retórica política ideológica para diminuir as obrigações sociais do Estado ou mudá-las através do Poder Constituinte de Reforma e sustentar determinado *status quo*, abusando da capacidade do Direito de manutenção de determinada ordem social.

Importa que o princípio do não retrocesso social seja implementado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que haja a conservação do mínimo social necessário para a existência digna do homem e que se preserve as conquistas de direitos da sociedade.

Na realidade, a admissão de alteração da Constituição Federal por eventuais maiorias do Legislativo de modo arbitrário e sem respeito ao núcleo essencial dos direitos sociais permite que a dignidade da pessoa humana fique a mercê da vontade de uns poucos representantes da população, que muitas vezes tem tendências exatamente contrárias aos anseios da sociedade.

A análise literal do art. 60, §4º, da CF/88, na realidade, excluiria, além dos direitos sociais, alguns direitos fundamentais previstos no art. 5º, bem como outros metaindividuais, o que iria de encontro aos pilares do Estado brasileiro.

O mínimo social que dever ser garantido não se caracteriza apenas como o mínimo vital, mas sim as condições básicas para uma sobrevivência digna, não podendo o Estado empregar a falaciosa desculpa de falta de recursos variáveis no tempo para desfaltar os direitos sociais da proteção contra a reforma constitucional.

Em defesa da tutela dos direitos sociais contra abolições, cabe a aplicação ao ordenamento jurídico pátrio do princípio do não retrocesso social, previsto pelo

Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe o retorno ao estado anterior quando algum direito ou prerrogativa social é estabelecido, pois este se incorpora ao patrimônio da cidadania e da dignidade do indivíduo e da coletividade.

Destarte, mesmo que existam restrições jurídicas, fáticas e metodológicas à aplicação dos direitos sociais em situações concretas, isto não pode permitir a sua abolição apenas pela existência de limitações, visto que, em matéria de direitos sempre haverá obstáculos a serem transpostos.

Ainda, se os direitos sociais não forem considerados imputados aos direitos fundamentais protegidos como cláusulas pétreas pelo art. 60, §4º, da CF/88, eles estarão sob a guarda contra a reforma constitucional como limites materiais implícitos, devido a sua grande relevância diante do modelo de Estado adotado pela Carta.

As cláusulas pétreas instrumentalizam a proteção imprescindível que deve ser despejada a tais direitos fundamentais de basilar relevância à ordem jurídica pátria, não encontrando empecilhos no texto constitucional – uma vez que o artigo 60, §4º, inciso IV, deve ser interpretado extensivamente, de forma a revelar a vontade de fato do Poder Constituinte Originário, qual seja, a de englobar os direitos sociais no núcleo essencial da Constituição que não é passível de abolição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, D. C. **A fundamentalidade dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8613>>. Acesso set/ 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

ESTEVES, J. L. M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FARIA, J. E. **Direitos humanos direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACIEL, A. S. **Do Princípio do não-retrocesso social**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?=1926>. Acesso set. 2011.

MARTA, T. N.; ABUJAMRA, A. C. P. Regime de proteção dos direitos fundamentais sociais: cláusula pétreia ou limite material implícito. **Revista direitos fundamentais & democracia**, Curitiba, vol. 7, n. 7, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/280/222>. Acesso set/ 2011.

MENDES, G. F. & Outros. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEUNER, J. Os direitos humanos sociais. **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, v. 1, t. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

PIOVESAN, F. **Não à desconstitucionalização dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: set/ 2011.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: set/ 2011.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2007.