



CENTRO UNIVESITÁRIO UNIFACIG

**DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS E A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA
REVOGAÇÃO POR EMENDA CONSTITUCIONAL**

Renan Leal de Oliveira

Manhuaçu-MG

2019

RENAN LEAL DE OLIVEIRA

**DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS E A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA
REVOGAÇÃO POR EMENDA CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
no Curso Superior de Direito do Centro
Universitário UNIFACIG, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof^a. Mestre Fernanda Franklin
Seixas Arakaki

Manhuaçu-MG

2019

RENAN LEAL DE OLIVEIRA

**DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS E A (IM) POSSIBILIDADE DE SUA
REVOGAÇÃO POR EMENDA CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
no Curso Superior de Direito do Centro
Universitário UNIFACIG, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof^a. Msc. Fernanda Franklin
Seixas Arakaki

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: ____/____/____

Prof^a. Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki – Presidente; Centro Universitário UNIFACIG

Prof^a. Msc. Rosinete Cavalcante da Costa – 1^a Examinadora; Centro Universitário
UNIFACIG

Prof^a. Msc. Márcia Helena de Carvalho – 2^a Examinadora; Centro Universitário UNIFACIG

Manhuaçu-MG

2019

Ao amado e saudoso Jormindo Carlos de Freitas (Dindim), um segundo pai que com sua humildade e simplicidade me ensinou as maiores virtudes vida: a paciência, a generosidade e a longanimidade. Sua vida embora curta deu-me um dos maiores presentes, a minha família. A sua partida repentina ainda dói no meu peito.

Aos meus filhos Salomão e a mocinha ainda sem nome que minha amada esposa carrega no ventre, tudo isso foi por vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu criador, ao Deus de minha vida, aquele que fortalece a cada dia e me dá força pra vencer os obstáculos que se apresentam. Tudo é por Ele e para Ele.

Agradeço a minha família, meus pais, irmãos, sogra, sobrinhos, tios, primos e avós pelo alicerce que eles são nas horas mais difíceis.

Agradeço a minha esposa Darliani, companheira de todas as horas com quem sempre pude contar. Obrigado pelo apoio, compreensão e muitas vezes renúncia que você empreendeu para me ajudar até aqui.

Agradeço aos meus amigos, que sempre acreditaram em mim, torcendo pela minha vitória.

Agradeço aos meus professores, dignos mestres sempre generosos no compartilhamento do saber. O triunfo nessa jornada seria impossível sem a colaboração de vocês.

Aos governos Lula e Dilma Rousseff, que trouxeram dignidade às pessoas humildes através, entre outras coisas, da criação de programas sociais destinados à inclusão educacional do povo. Graças a vocês, muitos filhos de pedreiros se tornaram doutores. Lula, o meu diploma também é seu.

*Nestes tempos de cerceamento das liberdades e brutal ataque aos direitos e garantias fundamentais... Resistir não é mera alternativa, possibilidade. Resistir é um dever, uma inadiável obrigação.
(Jorge Bettiol)*

RESUMO

A Constituição da República de 1988 estabeleceu no seu art. 60º, §4º, IV as chamadas Cláusulas Pétreas sem, contudo, afirmar de maneira expressa se os direitos sociais estariam protegidos pela proibição de emenda constitucional. De igual maneira o texto constitucional, exige um esforço interpretativo para responder se os direitos sociais são também direitos e garantias individuais, o que os tornariam cláusulas pétreas. E por fim, semelhante esforço interpretativo é exigido para responder se o rol de direitos e garantias individuais é circunscrito ao art. 5º da CF/88 ou existem outros direitos e garantias individuais espalhados pelo texto constitucional. Diante desse quadro é comum surgir no cenário político nacional aqueles que defendem uma total flexibilização dos direitos sociais constitucionais, sob o argumento de que os mesmos não estão protegidos pela cláusula de imutabilidade, o que coloca em risco a continuidade de políticas sociais governamentais já consolidadas em nosso país. Neste trabalho se procura fazer uma análise filosófico-jurídica, com vistas a responder se os direitos sociais estão protegidos da mutação constitucional. Para esse fim, é imperioso compreender o Poder Constituinte, seus limites de atuação e sua relação com as cláusulas pétreas dadas pelo art. 60, §4º, IV da CF/88. A metodologia utilizada se consubstanciou na análise bibliográfica qualitativa, cujo método será o analítico-hermenêutico, para identificar a solução de juristas, acadêmicos e estudiosos do Direito Constitucional; na análise das jurisprudências consolidadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema e na reflexão a respeito dos elementos históricos e culturais de formação do nosso Direito Constitucional. Concluiu-se, portanto, que no aspecto de legitimidade das normas, o Estado deve comunicar-se com o seu povo para corresponder aos seus anseios na elaboração de normas jurídicas, nascendo daí o princípio de não retrocesso no que tange aos direitos sociais que aliados ao princípio da dignidade da pessoa humana, torna os direitos sociais, direitos inalienáveis e protegidos pelas cláusulas de imutabilidade.

Palavras-chave: Direito social, Cláusula pétrea, Poder Constituinte, Constituição.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of 1988 established in its art. 60, §4, IV the so-called Stone Clauses without, however, expressly stating whether social rights would be protected by the prohibition of constitutional amendment. Similarly, the constitutional text requires an interpretative effort to answer whether social rights are also individual rights and guarantees, which would make them stony clauses. And finally, such an interpretative effort is required to answer whether the list of individual rights and guarantees is limited to art. 5 of CF/88 or there are other individual rights and guarantees scattered throughout the constitutional text. Given this scenario, it is common to appear in the national political scene those who advocate a complete relaxation of constitutional social rights, on the grounds that they are not protected by the immutability clause, which puts at risk the continuity of government social policies already consolidated in our country. This paper seeks to make a philosophical-legal analysis in order to answer if social rights are protected from constitutional change. To this end, it is imperative to understand the Constituent Power, its limits of action and its relation to the stone clauses given by art. 60, Paragraph 4, IV of CF/88. The methodology used was substantiated in the bibliographical analysis to identify the opinion of jurists, scholars and scholars of Constitutional Law; in the analysis of the jurisprudences consolidated in the scope of the Supreme Federal Court on the subject and in the reflection on the historical and cultural elements of formation of our Constitutional Law. It was concluded, therefore, that in the aspect of the legitimacy of norms, based on the theory of communicative action, that the State must communicate with its people in order to respond to its aspirations in the elaboration of juridical norms. As far as social rights are concerned, together with the principle of human dignity, they make social rights inalienable and protected by immutability clauses.

Keywords: Social law, Clause stony, Constituent Power, Constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PODER CONSTITUINTE, LIMITES E REFORMA CONSTITUCIONAL.	12
2.1	LIMITES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO	13
2.2	REFORMA CONSTITUCIONAL.....	14
3	CLÁUSULAS PÉTREAS.....	17
3.1	CONCEITO	17
3.2	HERMENÊUTICA DO ART.60, §4º, IV DA CF/88 (EXPRESSÃO: DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS)	19
4	DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS SÃO CLÁUSULAS PÉTREAS?	21
4.1	HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	21
4.1.1	Método Jurídico	23
4.1.2	Método Integrativo.....	24
4.1.3	Método Tópico	27
4.1.4	Método Concretista	29
4.1.5	Outras considerações sobre os métodos de interpretação.....	32
4.1.6	Notas finais acerca da interpretação dos direitos sociais	34
4.2	POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
4.3	POSICIONAMENTO DA DOUTRINA MAJORITÁRIA.....	38
4.4	O ESTADO FUNDADO EM 1988, SUA FUNDAMENTAÇÃO NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA CORRESPONDÊNCIA COM OS DIREITOS SOCIAIS.....	40
4.5	PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS.....	42
5	CONCLUSÃO.....	45
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
7	ANEXOS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O Poder Constituinte Originário, em 1988 estabeleceu no Art. 60, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, quais seriam as cláusulas pétreas da carta, ou seja, aquelas disposições constitucionais que não poderiam ser alteradas pelo Poder Constituinte Derivado. Em outras palavras, quis o Constituinte Originário proteger certas disposições constitucionais como sendo de valor absoluto do Estado brasileiro, não admitindo-se a deliberação sobre nenhuma proposta cujo objetivo fosse tendente a abolir estes valores.

Entre estes valores inalienáveis, foi inscrito no inciso IV, os direitos e garantias individuais, que pela definição de Mafra (2018) consubstanciam-se em “prerrogativas que os indivíduos têm em face do Estado Constitucional, onde o exercício dos poderes soberanos não pode ignorar um limite para atividades, além do qual se invade a esfera jurídica do cidadão.” (BRASIL, 2019, online).

A Constituição de 1988, considerada a “Carta Cidadã”, dedica todo o Título II a tratar dos direitos e garantias fundamentais, este subdividido em cinco capítulos, cada um a tratar de um assunto diferente a saber: Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II - Dos Direitos Sociais; Capítulo III - Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; Capítulo V – Dos Partidos Políticos.

O Capítulo II, estabelece quais são os direitos sociais a que os cidadãos desta república possuem, entre eles a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, além dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que embora enumerados dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, não estão incluídos no Capítulo I, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, fazendo que com isso surjam os problemas a serem enfrentados pelo presente estudo, qual seja: Estariam os direitos sociais, previstos no Capítulo II da Constituição Federal, protegidos pela proibição de revogação por emenda constitucional, prevista no art. 60, §4º, inciso IV? Mesmo não estando incluídos no Capítulo I, seriam estes benefícios, direitos e garantias individuais nos termos do art. 60, §4º, inciso IV? Os direitos e garantias individuais a que se referem o art. 60, §4º, inciso IV, estão enumerados somente no Capítulo I, do Título II, ou estão distribuídos de maneira difusa por todo o texto constitucional?

A relevância da resolução desses problemas pelo presente estudo justifica-se no fato de o Brasil encontrar-se mergulhado em uma crise político-financeira-institucional há pelo menos 04 (quatro) anos, crise esta que teve suas origens na bancarrota mundial ocorrida em 2008, agravada por outros desajustes políticos de cunho interno, ocorridos em virtude de uma política econômica equivocada, da polarização ideológica e dos escândalos de corrupção desvendados no âmbito da operação Lava-jato. Esse estado de coisas fez com que durante os últimos anos diversos direitos sociais garantidos pelo Texto Constitucional fossem relativizados a partir da edição de medidas de austeridade promovidas pelo governo central e pelos governos estaduais, com a justificativa de se equilibrar as contas públicas e retomar o crescimento econômico.

Acontece que para além da relativização desses direitos, que por si só parece não ter sido suficiente para conter o rombo nas contas públicas, vozes tem se levantado no cenário político e no mercado financeiro no sentido de que as reformas pretendidas devem ir além da simples relativização destes direitos, para promover uma verdadeira reforma constitucional com o fim de abolir certos “direitos excessivos” previstos no texto da carta magna. Justificam a abolição de tais direitos pelo fato de que poucos países desenvolvidos do mundo os garantem diretamente no texto constitucional ou até mesmo em suas legislações infraconstitucionais, fazendo com que o mercado brasileiro fique em posição de desvantagem ante a pesada concorrência internacional. Justificam também que em um cenário com menos direitos haveria mais liberdade para se gerar mais postos de trabalhos, fazendo assim com que o desemprego diminuísse.

Sem adentrar no mérito de tais proposições, é inequívoco que existe em torno delas uma grande controvérsia jurídica acerca da constitucionalidade das mesmas, ante o nosso atual sistema constitucional que prevê claramente a impossibilidade de deliberação de emendas constitucionais que visem abolir cláusulas pétreas. Portanto, a apresentação de conclusões, geradas a partir de um estudo minucioso, com vistas a responder as perguntas explanadas na introdução deste projeto, para toda a comunidade jurídico-acadêmica e também a sociedade como um todo é de suma importância.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o ordenamento jurídico brasileiro e a (im) possibilidade de autorização da revogação dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição da República, através de Emendas

Constitucionais. Para tanto, será feita uma reflexão discursiva do presente estudo a partir de uma pesquisa de caráter bibliográfica com revisão integrativa de literatura em especial do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, utilizando-se como método o analítico-hermenêutico, vez que será conjugando com uma análise histórico-cultural da evolução constitucional e das ideias e proposições de Jürgen Habermans (1997), que proclamou a análise de validade e legitimidade de uma norma pela ação comunicativa entre o Estado a sociedade de maneira a tornar a norma fruto de uma ação social.

Esse trabalho foi sistematizado de maneira a demonstrar no primeiro capítulo a compreensão histórica sobre a formação do Estado e consequentemente do Poder Constituinte, tanto o originário quanto o derivado, demonstrando os limites de atuação de cada um. No segundo capítulo busca-se explicar os conceitos de cláusulas pétreas, bem como sua localização no texto constitucional. Nos terceiro e quarto capítulos, será feita uma análise hermenêutica sobre as cláusulas pétreas e a sua relação com os direitos sociais e, por último tecer as considerações finais.

2 PODER CONSTITUINTE, LIMITES E REFORMA CONSTITUCIONAL.

A sociedade pode ser definida como um grupo humano que habita em certo período de tempo e espaço, seguindo um padrão comum. Essa união de pessoas, embora siga um determinado padrão e tenham alguns interesses comuns baseados nos laços culturais e identitário, são constituídas por seres humanos cada qual com seus interesses e crenças particulares.

Em razão da liberdade, que é uma característica natural do homem, ou seja, nasce com cada indivíduo, esses interesses particulares serão sempre consumados, tendo capacidade de produzir sofrimento coletivo, quando colidirem uns com os outros, sendo necessário que exista a regulação de uma entidade superior.

Em sua obra o Leviatã, Thomas Hobbes diz que:

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição que se chama de guerra; uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. (HOBBS, 1651, p.46)

Essa entidade de poder, durante muito tempo foi constituída a partir de uma crença religiosa, que proclamava que uma força divina deveria governar diretamente, como por exemplo, no Egito antigo onde os faraós eram considerados verdadeiros deuses, ou mesmo que o governo humano deveria ser constituído por esse poder divino, devendo prestar contas de suas ações somente a ele, como por exemplo, nas monarquias absolutistas existentes até o século XVII.

Até o século XVII quem constituía o Estado era esse poder divino. Hobbes então propôs a teoria de que, uma vez que o homem abraça mão de sua liberdade dada pela sua própria natureza para submeter-se a uma autoridade, essa autoridade deveria ser constituída pelo próprio homem, ou seja, um rei só poderia subir ao trono pela vontade do povo e não pela vontade divina.

A partir do final do século XVII existiu uma transição da monarquia absolutista para o Estado Liberal de Direito, onde a constituição de um Estado, no sentido lato da palavra, deveria ser oriunda da vontade soberana do povo, que passou a ser exercida por homens eleitos democraticamente para o fim de representar os interesses da coletividade na organização dessa entidade de poder, a qual convencionou-se chamar de Poder Constituinte.

Barthélemy (1933, p.57) assevera que Poder Constituinte “é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente

organizado, consistindo na positivação do princípio democrático, tendo natureza de poder de direito”.

Cretella Júnior *et al.* (2002, p.15) definem Poder Constituinte como “o órgão legislativo do Estado, dotado de autoridade política, cuja finalidade é criar ou rever a Constituição, e do qual derivam todos os outros poderes do Estado, não sendo instituído por nenhum anterior a ele”.

Já José Joaquim Gomes Canotilho (2003) diz que:

[...] o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política. (CANOTILHO, 2003, p.65)

Em outras palavras o poder constituinte é a representatividade constituída pelo povo, de onde emana o poder, com capacidade para se criar uma entidade política, estabelecendo o seu regulamento fundamental, bem como para alterar esse regulamento na medida das necessidades do povo. Essa capacidade de criar a Lei fundamental chamamos de poder constituinte originário, ao passo que a capacidade de modificá-lo denominamos de poder Constituinte derivado.

2.1 Limites do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado

Segundo Lenza (2018, p.209), “o poder constituinte originário é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica antecedente”.

Já Bonavides (2015, p. 148) assevera que o poder constituinte originário “não se prende a limites formais: é essencialmente político.”

No Brasil convencionou-se dizer que o poder constituinte originário, encontra legitimidade em si mesmo, sendo onipotente e sem limitações de qualquer natureza fazendo nascer a partir de si a ordem jurídica, sendo, portanto, anterior a ela. Esse entendimento é resultado da corrente positivista que assenta a validade de uma norma na legitimidade de quem a criou e não em seu conteúdo, sendo assim como não existe nenhuma norma anterior vigente que obrigaria o poder constituinte originário, seria este livre para os seus fins, sem limites de qualquer natureza.

Esse pensamento encontra críticas na corrente jusnaturalista, para a qual existem normas não escritas, universais, eternas e anteriores ao próprio homem, que limitariam o exercício do poder constituinte.

Para Barroso (2001, p.96), “o poder constituinte, incondicionado e permanente, seria a vontade da nação, só encontrando limites no direito natural”.

Joaquim José Gomes Canotilho (2003) diz que:

O poder constituinte, embora se afirme como poder originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural. Ele “não parte do nada” e por isso, existem certos princípios – dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade – através dos quais poderemos aferir a bondade ou maldade intrínsecas de uma constituição. (CANOTILHO, 2003, p.66)

O poder constituinte derivado é aquele constituído pelo poder originário, inscrito na carta política, com poderes para reformar a constituição, dentro dos limites por ela estabelecidos. Logo toda e qualquer alteração constitucional, dentro da normalidade institucional, só pode ser realizada através da forma estabelecida pela própria constituição e somente nas matérias em que a mesma se permite ou não proíbe a alteração.

Para Moraes (1999, p. 54) “o poder constituinte derivado está previsto na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, conhecendo, portanto, limitações constitucionais expressas e implícitas [...]”.

2.2 Reforma Constitucional

As constituições têm por objetivo instituir uma ordem jurídica duradoura, que na medida do possível atenda aos anseios de toda a sociedade, de maneira a pacificá-la, trazendo estabilidade e solidez social. Em que pese isto, a reforma do seu texto não deve ser proibida, mas sim antecedida do cumprimento de exigências formais e materiais, de maneira a atender as mudanças da sociedade sem causar insegurança jurídica.

Paulo Bonavides (2015) sustenta que a imutabilidade constitucional é:

[...] tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução a ao golpe de Estado a solução das crises. (BONAVIDES, 2015, p.200)

Percebe-se, portanto, que a constituição não é imutável, podendo ser reformada para atender aos anseios da sociedade que a criou. Essa tarefa foi atribuída ao constituinte derivado, que na maioria dos países, são também os

legisladores ordinários, diferenciando-se apenas pela formalidade exigida para aprovação de dispositivos reformadores da constituição.

No Brasil a própria carta de 1988 cuidou de disciplinar o poder de reforma do constituinte derivado, estabelecendo uma série de limitações ao exercício deste poder, bem como uma série de exigências formais a serem previamente atendidas para que a reforma pudesse ser reputada válida e de acordo com a própria constituição.

As exigências formais para a elaboração de uma emenda constitucional, nome dado pela própria constituição ao instrumento que insere novos preceitos ou regras no texto constitucional, são estabelecidas no art. 60, I, II, III, §2º e §3º todos da CF/88. Nessas exigências estão enumerados aqueles legitimados a apresentar uma proposta de emenda constitucional, o quórum necessário para a sua aprovação em cada casa do Congresso Nacional, bem como a forma de sua promulgação após a aprovação.

As limitações ao poder de reforma estão estabelecidas no art. 60, §1º, §4º, incisos I,II,III e IV e §5º. Essas limitações são divididas em dois tipos, limitações circunstanciais e limitações materiais.

As limitações circunstanciais são de acordo com Bonavides (2015, p. 204) “aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país. Ordinariamente configuram um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer forma de reforma constitucional”.

Portanto, quando constituinte originário inscreveu no art. 60, §1º da carta magna a impossibilidade de a mesma ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, criou-se ali uma limitação circunstancial para prevenir mudanças no texto constitucional enquanto o país passasse por situações anômalas de maneira a proteger a integridade nacional.

Outra limitação circunstancial está prevista no art.60, §5º da CF/88. Trata-se da impossibilidade de uma proposta, rejeitada ou havida por prejudicada ser reapresentada na mesma sessão legislativa que a rejeitou ou a deu por prejudicada.

As limitações materiais são aquelas que dizem respeito às propostas de emenda, cujo conteúdo é vedado pela constituição. Esses conteúdos vedados estão inscritos no art. 60, §4º, I, II, III e IV da CF/88, que estabelece que as propostas de emenda que tragam em seu bojo tais conteúdos não serão sequer objeto de deliberação. Assim Paulo Bonavides (2015) dispõe:

Do ponto de vista material, a carta de 1988 trouxe nesse tocante considerável inovação: a amplitude material do espaço reservado às vedações absolutas, que agora compreendem, de forma explícita, a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a par dos direitos e garantias individuais, além da forma de Estado, tudo numa compacta proteção as estruturas básicas componentes do Estado de Direito e às liberdades, tanto dos indivíduos como dos entes autônomos participantes da organização de nossa modalidade de sistema político pluralista. (BONAVIDES, 2015, p.213)

A estas limitações materiais deu-se o nome de cláusulas pétreas ou de pedra, que não podem ser suprimidas ou alteradas de maneira a deturpar o seu conteúdo ou diminuir a sua abrangência, aplicabilidade e eficácia.

3 CLÁUSULAS PÉTREAS

3.1 Conceito

Mendes (1990. p. 97) aduz que a “constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado Democrático de Direito sob a forma de legalidade.”

Em outras palavras, a constituição protege determinados valores que são supremos e necessários à continuidade do Estado Democrático de Direito, inserindo estes valores no rol de assuntos sobre o qual o poder constituinte derivado não pode se lançar com o objetivo de suprimi-los ou mesmo alterá-los de maneira a restringir seus efeitos. Esse rol denominado cláusulas pétreas ou ainda cláusulas de eternidade buscam assegurar a integridade da constituição, impedindo que a possibilidade de mutação constitucional com o objetivo de acompanhar as necessidades da sociedade, seja usada como pretexto para modificar a substância daquilo que quis o poder constituinte originário, ou seja, essas cláusulas visam impedir a destruição da constituição por meios que aparentemente seriam legais.

Neste núcleo duro, intangível da carta de 1988, estão enumerados a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e por fim os direitos e garantias individuais. Qualquer proposta de emenda à constituição tendente a abolir essas disposições não pode ser objeto de deliberação. As três primeiras cláusulas, não são o foco deste trabalho, razão pela qual faremos breves considerações a respeito das mesmas.

Segundo José Afonso da Silva (2015), o texto do art. 60 da CF/88 não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o Habeas Corpus, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; bastando apenas que a proposta de emenda se encaminhe ou ainda que remotamente, sinalize para a sua abolição.

A forma federativa de Estado deriva de uma evolução constitucional brasileira, pois a mesma está presente desde a primeira constituição republicana. Acompanhando essa evolução quis o constituinte originário de 1988 que tal

disposição se mantivesse, inscrevendo no art.1º da carta: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

Sarlet (2005, p. 362) assevera que “como o princípio federativo se manifesta em diversos outros dispositivos da Constituição, verifica-se que também estes se encontram ao abrigo da proteção das ‘cláusulas pétreas’”.

O art. 60, §4º, II inscreve como cláusula pétrea o voto direito, secreto, universal e periódico. Esse status de norma constitucional imutável não estava presente nas constituições anteriores, e sua inclusão nesse rol na CF/88, manifestou todo o anseio social pré-constituição de 1988, onde o povo insatisfeito com o governo ditatorial saiu às ruas pelo direito de votar e eleger diretamente o presidente da República, naquela que ficou conhecida como campanha das Diretas Já!¹

O voto direito, secreto, universal e periódico está inscrito no art. 14 da CF/88, e possui relação com o parágrafo único do art. 1º da CF/88, que dispõe: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

O terceiro inciso do art.60, §4º da CF/88 diz respeito à separação dos poderes. Essa separação está baseada na teoria de Montesquieu de tripartição dos poderes e está inscrita no art. 2º, de nossa carta política que dispõe: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

A separação entre as funções políticas estatais ao longo do tempo e da história se mostraram necessárias, no objetivo de prevenir excessos por parte uns dos outros. Sendo assim, como os Poderes são equivalentes, um acaba por controlar o outro de maneira que cada qual exerça o seu império dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Noutras palavras, o poder político jamais fica nas mãos de um só. Esse sistema de controle recíproco denomina-se sistema de freios e contrapesos.

Por último, temos o inciso quarto, que trata dos direitos e garantias individuais, que merece uma análise mais aprofundada, pois trata-se do tema central de nosso trabalho.

¹ “Diretas Já” foi um movimento político de cunho popular que teve como objetivo a retomada das eleições diretas ao cargo de presidente da República no Brasil. O movimento Diretas Já começou em maio de 1983 e foi até 1984, tendo mobilizado milhões de pessoas em comícios e passeatas.

3.2 Hermenêutica do Art.60, §4º, IV Da CF/88 (Expressão: Direitos e Garantias Individuais)

Quando a constituição se refere aos direitos e garantias individuais como cláusula pétrea no seu art. 60, §4º, IV, a compreensão sobre o que de fato são esses direitos e garantias e onde eles estão inscritos no texto constitucional se torna um pouco mais complexa, pois a constituição não possui um título ou um capítulo específico para tratar dos direitos e garantias individuais. Com efeito, o que temos no texto constitucional é o Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais estão arrolados aqueles previstos no seu Capítulo I, que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, ou seja, nenhum dos dois com a nomenclatura exatamente igual àquela prevista no art. 60, §4º, IV.

A partir dessa análise há na doutrina brasileira quem sustente que os direitos e garantias individuais que são, portanto, cláusulas pétreas, estão inscritos exclusivamente no art. 5º da CF/88, interpretação que a nosso ver não deve prosperar, pois segundo o art.5º, §2º da mesma constituição, os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Corrobora esse entendimento a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 939-7 decidiu que "o conceito de "direitos individuais" não se restringe ao elenco do artigo 5º da Constituição, encontrando-se pulverizado pelo texto da Carta Magna".

Em seu voto durante o julgamento da referida ADIN, o ministro relator Sidney Sanches assentou que:

Agora, já no ensejo do julgamento de mérito, não estou convencido do contrário, sobretudo, depois das leituras dos votos dos eminentes Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Paulo Brossard e Néri da Silveira, que, mesmo para efeito de medida cautelar de suspensão da cobrança do tributo, em 1993, não deixaram de vislumbrar, desde logo, a violação quanto a esse ponto, ao princípio da garantia individual do contribuinte, que nem por emenda constitucional se pode afrontar, ainda que temporariamente, em face dos referidos §2º do art. 5º, artigos 150, III, 'b', e 60, parágrafos 4º, inciso IV, da Constituição Federal. (STF, 1994, p.239)

O professor de Direito Constitucional, Alexandre de Moraes (1999), sustenta que:

[...] a grande novidade do referido artigo 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e

garantias individuais, que, por não se encontrarem restritos ao rol do artigo 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna. (MORAES, 1999, p. 260)

Ademais a teoria de que os direitos e garantias individuais estão circunscritos ao art. 5º, em razão do Título II usar a expressão “fundamentais”, não se sustenta, pois a utilizarmos esse critério literal para interpretação teríamos que necessariamente fazer uma separação no próprio rol art. 5º daquilo que é individual e daquilo que é coletivo.

Numa análise mais sistemática, levando-se em consideração a conjuntura do texto constitucional, pode-se perceber que os direitos e garantias individuais e coletivos dizem respeito àqueles relacionados à pessoa humana e sua própria personalidade, independente da maneira como se apresentam, individualmente como no caso do “*habeas corpus*” ou coletivamente, como no mandado de segurança coletivo. O importante é que esses direitos estejam ligados aos valores naturais como a vida, liberdade, dignidade, honra etc.

4 DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS SÃO CLÁUSULAS PÉTREAS?

Estabelecidas todas as premissas, que são essenciais para a compreensão do tema, chegamos ao objetivo central de nosso trabalho, qual seja responder se os direitos sociais constitucionais podem ser revogados por proposta de emenda a constituição.

Como pudemos observar até aqui, a Constituição Federal de 1988 é passível de modificação, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional, entre eles o de inviolabilidade material dos direitos e garantias individuais. Também explicamos qual é a interpretação dominante acerca do significado hermenêutico desta expressão, onde foi possível observar que os direitos e garantias individuais estão espalhados de maneira difusa por toda a constituição.

Resta agora uma tarefa um pouco mais complexa, qual seja identificar se os direitos sociais são considerados direitos e garantias individuais e, portanto, protegidos pela cláusula de imutabilidade, para isso devemos nos debruçar sobre os métodos de interpretação constitucional, bem como sobre os posicionamentos do STF e da doutrina majoritária sobre o tema.

4.1 Hermenêutica Constitucional dos Direitos Sociais

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho (2003):

Interpretar as normas constitucionais significa compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição. (CANOTILHO, 2003, p.208)

Depreende-se, portanto que ao aplicar o texto constitucional o intérprete da norma não deve se prender exclusivamente ao texto positivado, mas sim tentar entender qual foi a vontade do constituinte originário ao escrever a norma. Para isso é necessário entender o contexto histórico e cultural envolvido à época da edição normativa para que fiquem esclarecidos quais foram os princípios norteadores da nova ordem constitucional.

Para Celso Ribeiro Bastos (2002, p.143) “o objeto da interpretação é o texto constitucional com suas regras e princípios, enquanto portador de um significado ou sentido, cuja compreensão plena é o objetivo final da interpretação”.

Em uma Constituição analítica como a carta de outubro, fica claro o caráter programático da mesma, ou seja, a mesma é dotada de normas de caráter dogmático, que conformam-se em princípios constitucionais que são os valores mais importantes da nova ordem jurídica estabelecida, em outras palavras o constituinte originário não quis deixar margem sequer para discussão a respeito desses princípios e valores.

Um destes princípios sobre os quais se assenta a nossa ordem jurídica é a supremacia da defesa da dignidade da pessoa humana, norma básica de interpretação de todo o texto constitucional, que está atrelado também ao contexto histórico, político e cultural envolvido no processo pré-constituente de 1988, ou seja, marcou o adeus que o Brasil finalmente dava à ditadura militar, aos anos de desrespeito às garantias individuais e firmou posição na defesa dos menos favorecidos e da inclusão social. O princípio da dignidade humana representa o triunfo da liberdade contra a tirania e é o princípio basilar de nossa democracia, sobre o qual deve recair toda a sistemática interpretativa dos direitos sociais.

José Afonso da Silva (2015), assevera que sendo a Constituição Federal um texto normativo, jurídico, a sua interpretação deve se submeter necessariamente à análise contextual do momento em que a mesma foi escrita e do momento em que seu imperativo deva ser aplicado.

A interpretação é, portanto fundamental para se compreender a essência do texto e a sua relação com o momento *in concreto* que a norma deve ser aplicada.

A Constituição de 1988 proclamou um Estado Democrático de Direito, baseado em um sistema principiológico de valores que são o alicerce de toda a ordem jurídica positivada. Esse sistema principiológico deriva, todo ele, de um valor fundamental, que para muitos é anterior ao próprio homem, qual seja a dignidade da pessoa humana. É nesse valor universal, imutável e perpétuo, que estão insertos todos os direitos fundamentais como o Estado de Direito e o Estado Social.

Tendo em vista essa necessidade de interpretação contextual, Häberle (2002) aduz que o processo interpretativo não pode estar vinculado apenas aos órgãos estatais, mas sim a todos os atores sociais, em outras palavras ao se interpretar a constituição deve-se levar em conta os anseios, medos, e esperanças da sociedade, sendo em última análise, toda a sociedade a quem a norma se destina intérprete indireto ou até mesmo direto da mesma como tal.

Nesse sentido, *in verbis*:

[...] na democracia liberal o cidadão é interprete da Constituição. Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g. na estrutura do setor econômico público. (HÄBERLE, 2002, p. 37-38)

A hermenêutica constitucional é um tema extenso e que mereceria um trabalho exclusivo e minucioso para entendê-la, contudo para os fins que pretendemos neste estudo, uma análise superficial dos principais métodos de interpretação da constituição é suficiente.

Vários são os métodos apontados pela literatura jurídica para que o intérprete alcance o significado do comando normativo constitucional. Esses métodos de interpretação variam, interessando para o nosso estudo somente aqueles pelos quais poderão ser interpretados os direitos sociais.

4.1.1 Método Jurídico

Este método de interpretação proclama que a Constituição é uma lei e, por isso, sua interpretação deve ser feita de acordo com as regras tradicionais da hermenêutica. Portanto, os elementos genético, filológico, lógico, histórico e teleológico, que são os mesmos elementos levados em conta na interpretação das leis em geral, devem também ser levados em conta na interpretação constitucional.

De acordo com Forsthoff (1987, *apud* Amado, 1988) ao se desconsiderar o caráter legal da Constituição e rejeitar, na sua interpretação, os métodos ou elementos tradicionais a lei fundamental estaria sujeita a modificações nebulosas, de viés ideológico, político ou momentâneo, que poderia comprometer a sua finalidade estabilizadora, alterando a hierarquia, de maneira a transformar o intérprete no senhor da Constituição e não o contrário como deve ser.

Conclui-se, portanto que o método jurídico, busca a finalidade pela qual a lei, a norma foi criada.

Celso Ribeiro Bastos (2002, p.61) diz que “procura-se combinar todos os termos que compõem a lei de molde a alcançar uma compatibilidade, ou seja, uma conexão perfeita entre eles através do emprego de raciocínios lógicos”.

Sendo assim, os direitos sociais têm sua base, na constituinte, onde foi amplamente discutido o rumo que a nova constituição deveria dar no que diz respeito à política de direitos sociais. Conclui-se, portanto que estando os direitos

sociais previstos na constituição e sendo esta uma lei, que como tal deve ser interpretada, cabe ao intérprete utilizar da hermenêutica clássica para tal mister.

4.1.2 Método Integrativo

Esse método foi criado por juristas alemães como Rudolf Smend, que segundo Bonavides (2015, p.478) “vê na Constituição um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade”. Esses fatores são a parte fundamental do sistema, tanto quanto o território é a sua parte mais concreta.

É precursoramente sistêmica e espiritualista e consiste em tornar-se profundamente crítica com respeito ao conteúdo da Constituição, diferentemente da técnica interpretativa dos positivistas do século XIX, que ficavam presos a uma análise de cunho formal.

Citando Smend, comenta Bonavides (2015) que:

A Constituição consubstancia todos os momentos de integração, todos os valores primários e superiores do ordenamento estatal (direitos humanos, preâmbulo, território do Estado, forma de Estado, pavilhão nacional), enfim, a totalidade espiritual de que tudo mais deriva, sobretudo sua força integrativa”. (BONAVIDES, 2015, p.478)

Bonavides (2015) acrescenta, ainda, que, *in verbis*:

[...] cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional e permite extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias. (BONAVIDES, 2015, p. 479)

A corrente integrativa tem como pressuposto determinada ideia de Constituição, um conceito que os seus adeptos adotam como fundamento e ponto de partida para definir o método que reputam adequados ao compreender constitucional.

O que dá sustentação material ao método integrativo de interpretação constitucional é a ideia de Constituição como instrumento de integração social, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade de todo o ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também e, sobretudo, em perspectiva política e sociológica, como instrumento de construção e preservação da unidade político-social.

Daí nos dizer Rudolf Smend (1985), a mais expressiva figura dessa escola:

[...] a Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou da dinâmica vital em que se desenvolve a vida estatal, isto é, o travejamento normativo do seu processo de integração, muito embora o Estado não limite a sua “vida” somente àqueles momentos da realidade que são contemplados pela Carta Política. (SMEND, 1985, p.531).

Essa é afirmação é no mínimo polêmica, se considerarmos, como ensina Häberle (2001), que se todo o poder do Estado provém dos cidadãos que se encontram na comunidade, não resta espaço algum para um poder estatal extra ou pré-constitucional, devendo conceber-se a Constituição como prévia ou anterior ao próprio Estado, a despeito da importância que este possa ter ou vir a conservar na comunidade política.

Mesmo assim, ainda que se deva considerá-lo sempre como realidade juridicamente conformada, nem por isso podemos reduzir o Estado a uma totalidade imóvel, cuja única expressão externa consistiria em promulgar leis, celebrar tratados, prolatar sentenças ou praticar atos administrativos. Muito pelo contrário, ele há de ser visto, igualmente, como um fenômeno espiritual em permanente configuração, no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou deformação, pouco importa, até porque essa é a sua maneira de ser.

Noutras palavras, o Estado é uma realidade, que só existe e se desenvolve por conta dessa revivescência contínua, desse plebiscito diário, aquela imagem feliz, que o próprio Smend revalorizou quando pôs em destaque que também a vida do Estado, enquanto associação dos indivíduos que a ele se vinculam, juridicamente, depende dessa eterna renovação de propósitos, desse permanente desejo de coesão.

Quanto à Constituição, a seu turno, observa Smend (1985):

[...] muito embora a sua peculiaridade jurídica resida, principalmente, na forma como ela articula os órgãos políticos do Estado, não é possível analisar tal peculiaridade apenas detalhando o seu catálogo de competências, nem tampouco avaliando, em perspectiva estritamente jurídico-formal, as relações que se estabelecem entre os diferentes órgãos da soberania. É preciso examinar, também, o peso específico que a própria Constituição, reconhece a cada um desses órgãos, com vistas ao processo global de integração, e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles possam desempenhar em determinado modelo de distribuição de competências. (SMEND, 1985, p. 62-63).

Por tudo isso, arremata o mesmo Smend (1985), que essa combinação específica dos órgãos não constitui uma simples repartição de poderes, de maior ou menor alcance, mas uma repartição de participações, de índole bem diferente, no âmbito do sistema integrativo em que, afinal, se constitui o Estado.

De outra parte, sendo o direito constitucional uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, por que passa a própria realidade que as normas constitucionais intentam regular.

A essa luz, portanto, em que aparece como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, a Constituição não apenas permite como igualmente exige uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer disposição nesse sentido.

Pelo contrário, é da natureza das constituições abarcarem o seu objeto de um modo simplesmente esquemático, deixando livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais de que se nutrem tanto a dinâmica política, quanto a dinâmica especificamente constitucional.

Em síntese, para os adeptos do método integrativo, tanto o Direito, quanto o Estado e a Constituição, são vistos como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento. Entre tais valores, emerge a integração social como fim supremo, a ser buscado por toda a comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à condição de uma simples peça da gigantesca engrenagem social. Por isso, impõe-se compensar esses excessos integracionistas reafirmando, uma vez mais, a dignidade humana como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética.

Deduz-se deste método que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global e no sentido geral e de totalidade. O seu sentido só pode ser captado por meio de um método que leve em conta, não apenas o texto, mas também os conteúdos axiológicos. Neste prisma, seriam os direitos

sociais interpretados de acordo com a época e as circunstâncias, e teriam como pano de fundo, os valores axiológicos.

4.1.3 Método Tópico

Theodor Viehweg (1991, p.49-50) diz que “o método tópico preconiza que um problema é toda questão que, em princípio, permite mais de uma resposta; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento problemático”, podendo-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as aporias emergentes da interpretação concretizadora desse modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método tópico representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos de que se dispõe para chegar à Constituição.

Para Miguel Reale (1982), em face do caráter fragmentário e frequentemente indeterminado da Constituição, é natural o recurso ao processo tópico orientado ao problema, para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional.

Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente prática e possuindo as normas constitucionais estrutura normativo-material aberta, fragmentária e indeterminada, daí decorre que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos aplicadores, o que transforma a leitura constitucional num processo aberto de argumentação, do qual participam igualmente legitimados, os diversos operadores da Carta Política.

Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe é congênito, a Constituição mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos, até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os *topoi*² ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.

Por esse caminho, ademais, as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples conflitos de interpretação, o que, tudo somado, significa resguardar-se a Constituição contra inconformismos ou surtos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico em torno da Constituição fica obrigado,

² Palavra de origem grega que significa ponto comum de partida de uma argumentação.

pelo menos moralmente, a respeitar o seu resultado ao invés de se voltar contra o objeto da interpretação.

Outro não é, aliás, o propósito de Peter Häberle (2002):

[...] deve-se abrir a sociedade dos intérpretes da Constituição, para que a sua leitura, até hoje restrita às instâncias oficiais, se faça em perspectiva pública e republicana, até porque, ao fim e ao cabo, aquele que "vive" a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, co-interpretá-la, e toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. (HÄBERLE, 2002, p.149)

À luz dessa concepção, a interpretação constitucional republicana aconteceria numa sociedade pluralista e aberta, como obra de todos os participantes, em momentos de diálogo e de conflito, de continuidade e de descontinuidade, de tese e de antítese. Só assim entendida como ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade, a carta política será também uma constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática.

Essa compreensão, à evidência, mostra-se fascinante, sobretudo para aqueles que, a pretexto de combaterem o positivismo e os excessos dogmáticos, processualizam a visão do Direito e do Estado, sem se darem conta de que, em contrapartida, levados por esse entusiasmo hermenêutico, acabarão diluindo a normatividade constitucional numa dinâmica absoluta e retirando da lei fundamental uma de suas mais importantes funções, que é precisamente a de servir de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social.

Por isso, Joaquim José Gomes Canotilho (1982), ao fazer o balanço crítico dessa proposta hermenêutica, opõe-lhe a ressalva de que, processualizada, a lei fundamental apresenta um elevado déficit normativo, pois a pretexto de abertura e de existencialismo atualizador do pluralismo, o que se faz, mesmo, é dissolver a normatividade constitucional na política e na interpretação, faltando pouco para se concluir que legiferação constituinte e interpretação constitucional são uma só e mesma coisa.

O método tópico influenciou decisivamente as ciências jurídicas para a fixação de uma Teoria da Argumentação.

Georges Salomão Leite (2002) esclarece que:

[...] diferentemente das técnicas de interpretação, que partem da norma para o problema (modelo subsuntivo-dedutivo), a tópica faz o caminho inverso, parte do problema para a norma, ou seja, do particular para o geral. (...) Isto faz com que a tópica coloque o

problema à frente de tudo, é dizer, o caso concreto é o ponto de partida do pensamento problemático, e é a partir deste problema que a norma recebe seu sentido. (LEITE, 2002, p.68)

José Joaquim Gomes Canotilho (2003) aduz que a tópica seria uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de auxiliar de orientação para o intérprete; (ii) constituir um guia de discussão dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema jurídico em discussão.

No ponto da interpretação do texto constitucional a partir dos *tópoi*, comenta Celso Ribeiro Bastos (2002), merece sérias reticências na medida em que essa interpretação resultaria em um enfraquecimento da Constituição, pois colocaria o poder nas mãos do intérprete, que poderia alterar o intuito das normas constitucionais. José Joaquim Gomes Canotilho (2003) adverte que além de conduzir a um casuísmo sem limites, a interpretação deve partir da norma para o problema e não ao contrário, pois a interpretação é uma atividade normativa vinculada que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema.

Por derradeiro, conclui-se que o modo de pensar tópico tenta adequar a norma constitucional ao problema concreto, e diante de “novos pontos de vista” é possível que haja um excesso nos limites da interpretação. Konrad Hesse (1998, p.69-70) entende que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”.

Os direitos sociais sendo interpretados pelo método tópico deixariam de lado os princípios da Constituição, para resolver o problema de acordo como a livre disposição dos intérpretes, diante do caso concreto.

4.1.4 Método Concretista

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica, pouco diferente do método tópico, é a constatação de que a leitura de qualquer texto normativo, inclusive do texto constitucional, começa pela pré-compreensão do intérprete, a quem compete concretizar a norma a partir de uma dada realidade histórica, de certa situação hermenêutica, que outra coisa não é senão o momento/ambiente em que o problema é posto a exame, para que esse operador do direito o resolva à luz da constituição e não segundo critérios pessoais de justiça.

Destarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos do método concretista procuram ancorar a interpretação no próprio texto constitucional, mas sem perder de vista a realidade que esse texto intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido, uma postura que, de resto, encontra apoio, dentre outras, nas seguintes descobertas hermenêuticas de Hans-Georg Gadamer (1993): a) interpretar sempre foi, também, aplicar; b) aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, c) o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.

Em que pese à importância desse suporte filosófico, impõe-se reconhecer a grande dificuldade em se produzirem resultados razoavelmente consistentes à base dessa proposta hermenêutica, porque a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, a ser captada através da norma, mas também o significado do preceito constitucional, já de si múltiplo, sentido esse que o intérprete/aplicador deve apurar naquele permanente balançar de olhos entre o substrato e o sentido, que singulariza a dialética da compreensão.

Segundo Miguel Reale (1982):

O método concretista for utilizado corretamente ensejará concretizações minimamente controláveis, nas quais se evidenciem tanto as dimensões objetivas da atividade hermenêutica, emergentes do problema a resolver, quanto os seus aspectos subjetivos, traduzidos na pré-compreensão do intérprete sobre a norma e a situação normada.(REALE, 1982, p. 594)

Como, entretanto, toda pré-compreensão, por natureza, possui algo de irracional, pode-se dizer que, a despeito dos seus esforços, aqueles que propugnam por esse método, assim como os defensores do procedimento tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida metódica, fazerem apelo a uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente, como ideia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção, que parece não acabar nunca.

Não nos esqueçamos, a propósito, que essa verdade hermenêutica, sendo de natureza discursiva, dependerá sempre da aceitação consensual de um suposto melhor argumento, o qual, a seu turno, não podendo ser autorreferente, estará sujeito a contestações sempre que qualquer outro argumento seja trazido a debate,

com a pretensão de ser reconhecido como o novo melhor argumento. Por isso os críticos mais ácidos das verdades hermenêuticas afirmam que elas vão sendo construídas e aceitas em debates sem fim, em discursos que não acabam mais.

Daí que, assumindo claramente essa historicidade, no âmbito da hermenêutica jurídica, Hans-Georg Gadamer (1983, p.71) afirme que “uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma, porque a interpretação é algo que está sempre a caminho, é tarefa que nunca se conclui, é percurso que não tem ponto de chegada.”

Uma defesa possível para essa constante substituição de verdades é dizer-se que se trata de um processo essencialmente idêntico ao dos avanços no âmbito das ciências causal-explicativas, onde toda teoria tem prazo de validade limitado, a depender da ocorrência de algum fenômeno que não se explique à luz das teorias anteriores, as quais, por isso mesmo, são descartadas e substituídas por verdades novas e mais abrangentes. Daí que, no âmbito dessas ciências, chegue a ser corriqueira a advertência de que todo edifício científico encontra-se necessariamente em desequilíbrio e constantemente em progresso. O erro não desempenha nele o papel de mero acidente psicológico; o erro é, digamos assim, parte integrante do movimento do espírito que engendra a ciência, a tal ponto que se poderia pensar em definir, paradoxalmente, o conhecimento científico como o conhecimento errôneo ou dos erros retificados, assim como afirmar que, por uma das suas vertentes, o progresso da ciência consiste em levar o erro do estado de erro vulgar ao de erro científico, ou seja, ao estado de erro refutável ou de erro retificável.

Os intérpretes concretistas rejeitam o emprego da ideia de sistema e unidade da Constituição normativa, aplicando um procedimento “tópico” de interpretação. Embora originado do método tópico, dele se afasta porque se baseia no pressuposto do primado do texto constitucional perante o problema, ou seja, o método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.

Peter Häberle (2002) foi um dos intérpretes que contribuiu com a teoria material da Constituição, que acabou por se tornar a “hermenêutica do Estado Social”. Para ele a interpretação da Constituição é um processo aberto, “não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas”.

Para concluir, averba José Joaquim Gomes Canotilho (2003):

[...] A interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares. (CANOTILHO, 2003, p. 1136)

4.1.5 Outras considerações sobre os métodos de interpretação

A interpretação ainda pode ser classificada como: extensiva (aumenta o sentido contido no texto), restritiva (diminui o sentido contido no texto), declarativa (repete a amplitude do sentido contido no texto), corretiva (corrige o sentido do texto). Dependendo da realidade textual, deve-se aplicar o método de interpretação mais apropriado, contudo, segundo Bittar (2001, p. 91) para a ciência do direito, “aconselha-se sempre a junção de todos os métodos como o modo mais adequado para apreciar os textos jurídicos, levando-se em conta cada especificidade do direito.” O texto não pode ser entendido como objeto inerte de maneira a excluir qualquer possibilidade de modificação interpretativa. Ele traz elementos que estão constantemente em mutação, adaptando-se aos valores axiológicos.

Uma das tarefas na interpretação diz respeito ao fenômeno de sua concretização, que não será discutida em nosso estudo. Certamente, tal tarefa – a concretização – não decorre simplesmente de sua positivação, entretanto torna-se imperiosa sua positivação para transformar em realidade uma norma constitucional.

Assim, Konrad Hesse (1991) aduz, *in verbis*:

[...] a constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem; a vontade da constituição constitui a maior garantia de sua força normativa. (1991, p. 27)

Há dentro do universo da interpretação outros métodos que, no intuito de ilustrar, passaremos a expor. Segundo José Afonso da Silva (2015), o sentido da Constituição será alcançado pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) hermenêutica das palavras; b) hermenêutica do espírito; e c) hermenêutica contextual, das quais far-se-á uma apertada síntese a seguir.

Por hermenêutica das palavras segundo o José Afonso da Silva (2015):

[...] entende-se, não uma interpretação gramatical estritamente considerada, mas a explicação de palavras, o contexto factual, como o meio histórico, além do conhecimento da língua. A interpretação da linguagem mostra a Constituição na sua relação com a língua, tanto na estrutura do todo como em suas partes. (SILVA, 2015, p. 442)

Por hermenêutica do espírito procura-se a concepção básica que encontra a sua expressão na Constituição. Como exemplo, tomemos o preâmbulo das Constituições, pois estes costumam indicar elementos importantes dessa concepção básica. Segundo o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, o povo brasileiro por seus representantes procurou instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, entre outros.

José Afonso da Silva (2015) acentua que, *in verbis*:

[...] são os princípios fundamentais do respeito à dignidade da pessoa humana e da cidadania do art. 1º e os objetivos fundamentais constantes do art. 3º, especialmente o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que oferecem a ideia síntese da concepção básica da Constituição que há de orientar a compreensão de todas as suas partes e normas. (SILVA, 2015, p. 442).

Por fim, o autor trata da hermenêutica contextual, que se refere à exploração da influência do contexto sobre o sentido da Constituição. É por ela que se descobre que duas passagens semelhantes, dentro da mesma Constituição, podem ter sentidos diversos, dependendo da posição em que se encontram, chegando a um contexto interno. Integra também um contexto externo, ou seja, um extratexto para buscar o sentido da Constituição e de suas normas, pois interpretar uma Constituição significa caminhar em direção ao contexto no qual ela se move. Mas o autor adverte que esse tipo de hermenêutica não tem sido considerado no campo das ciências jurídicas.

Acrescenta o autor, ainda, que, *in verbis*:

[...] o sentido do texto constitucional não pode ser entendido como uma mera reprodução do processo de criação da Constituição, pois isso levaria ao originalismo, modo de interpretação constitucional que entende que o sentido da Constituição se extrai dos antecedentes históricos, especialmente dos debates constituintes. (SILVA, 2015, p. 440)

Apesar da nomenclatura diversa apresentada pelo autor, o sentido pouco difere dos outros doutrinadores. No fundo, esses métodos buscam o sentido das normas constitucionais com o intuito de assegurar a situação efetiva desses direitos. Interpretar um texto legal significa decidir por uma dentre muitas possibilidades interpretativas, aquela que se apresenta como a mais razoável para a solução do problema.

Há uma nova interpretação constitucional ligada ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da constituição. Isso de maneira nenhuma implica abandono ou desprezo pelos métodos clássicos, muito pelo contrário, explica Luís Roberto Barroso (2005, p. 274), continuam, elas, “a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente”.

Assevera ainda que:

Essa nova interpretação constitucional assenta-se no conteúdo aberto e principiológico e à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO, 2005, p.275).

4.1.6 Notas finais acerca da interpretação dos direitos sociais

Raul Machado Horta (1999), analisando a Constituição Federal, aponta a precedência, em termos interpretativos, dos Princípios Fundamentais da República Federativa e da enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais, aduzindo que, *in verbis*:

[...] a precedência serve à interpretação da constituição para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador. (HORTA, 1999, p. 239-240)

A cidadania, os valores sociais do trabalho e outros incisos do art. 1º, enquanto princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, juntamente com a dignidade da pessoa humana formam a base para o exercício de todos os direitos, inclusive os direitos sociais. Esses princípios constitucionais desempenham um papel fundamental na interpretação das normas constitucionais, como já dito alhures. Deve-se conhecer a Constituição não apenas em sua letra exata, mas em seu conteúdo. Com a evolução da ciência jurídica, chega-se à interpretação jurídica, de forma a especificar o sentido das normas jurídicas.

Cabe à Interpretação Jurídica reconhecer os valores que estão subjacentes à letra da lei e, mais que isto, cuidar para que esses valores continuem direcionados para a causa humana e da sociedade, pois ela só se justifica quando serve à dignidade humana. Todavia, vê-se que muitas vezes é utilizada para justificar verdadeiros absurdos jurídicos que, na maioria das vezes transformam-se em

formas de exploração econômica, social e política. A existência e a aplicação da interpretação jurídica direcionada para a causa humana é que aproxima o direito da justiça.

Compete a todos os aplicadores das normas constitucionais a tarefa de interpretá-las buscando um resultado justo e racional, do qual a dignidade humana deve ser o seu valor fundamental.

Uma interpretação da Constituição que fortaleça a democracia há de ser aquela que reconheça a primazia dos valores e princípios constitucionais, especialmente os valores da dignidade da pessoa humana; a partir desses pressupostos, não titubeie em constitucionalizar novos direitos. José Afonso da Silva (2015) assevera que não é para considerar uma nova forma de legislar por via de interpretação, pois a justiça constitucional em todo o mundo vem expandindo o âmbito dos direitos fundamentais com o reconhecimento que encontra guarida no texto constitucional. Segundo o mesmo uma das finalidades da interpretação constitucional é:

[...] eleger a solução mais correta e justa para o caso, do ponto de vista dos Princípios e Direitos Fundamentais consagrados no texto constitucional, verdadeiros paradigmas para a aplicação do Direito Positivo. (SILVA, 2015, p. 447)

O que se pretendeu demonstrar, neste contexto da interpretação, é que o princípio da dignidade humana, a partir da Constituição Federal de 1988, assume sempre uma posição de destaque servindo de base para a interpretação dos direitos fundamentais, sejam eles de cunho positivo ou negativo. A interpretação está demonstrando que a tarefa de se interpretar e aplicar o comando jurídico leva-se em conta a coerência sistêmica. Dessa leitura, alcança-se como resultado a incorporação da dignidade humana e dos valores da democracia na análise de algum dispositivo. E é nesse sentido que se deve entender que os direitos sociais são cláusulas pétreas e estão protegidos contra reformas tendentes a abolir os direitos fundamentais.

4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

A respeito do tema, direitos sociais o Supremo Tribunal Federal, ainda não se manifestou de maneira colegiada em sede de controle de constitucionalidade, para dizer se tais direitos constituem-se ou não em direitos e garantias individuais, apesar de alguns ministros já terem abordado o tema em outros julgamentos.

No julgamento da ADIN nº 939-7 o *Excelso Pretório* decidiu que "o conceito de "direitos individuais" não se restringe ao elenco do artigo 5º da Constituição, encontrando-se pulverizado pelo texto da Carta Magna", contudo, tal decisão se limitou a dizer que existem outros direitos e garantias individuais que não aqueles previstos no art. 5º, mas nada disse a respeito de os direitos sociais, mormente aqueles insertos no art. 7º, se consubstanciarem de fato em direitos e garantias individuais.

A ADIN se limitou a definir que o princípio da anterioridade (art.150, III, "b" da CF), constitui direito individual do contribuinte, portanto, cláusula pétrea que estando fora do rol do art. 5º, significaria que o mesmo não é taxativo, de maneira que existem outros direitos e garantias individuais insertos na Carta Magna. Da leitura do acórdão, não é possível dizer que o STF decidiu explicitamente que o art. 7º está no núcleo de cláusulas imutáveis da Constituição, apesar de alguns ministros terem se manifestado individualmente dos seus votos nesse sentido.

Vejamos o que disse o ministro Carlos Velloso em seu voto durante o julgamento da ADIN nº 939-7:

É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje, não falamos, apenas, em direitos individuais, assim direitos de primeira geração. Já falamos em direitos de primeira, segunda, de terceira e até de quarta geração.

O mundo evoluiu, e assim, também, o Direito:

É certo que é respeitável o argumento, mais metajurídico do que jurídico, propriamente, no sentido de que o raciocínio abrangente da matéria – a matéria dos direitos e garantias individuais – sem distinguir direitos e garantias individuais de primeira classe e direitos e garantias de 2ª classe, poderia impedir uma maior reforma constitucional. O argumento, entretanto, não deve impressionar. O que acontece é que o constituinte originário quis proteger e preservar a sua obra, a sua criatura, que é a Constituição. As reformas constitucionais precipitadas, ao sabor das conveniências políticas, não levam a nada, geram a insegurança jurídica traz a infelicidade para o povo. (STF, 1994, p.273)

Noutro giro, no julgamento da ADIN nº 1946 o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, excluiu em seu voto o reconhecimento dos direitos sociais prestacionais como cláusulas pétreas. *Ipsis Litteris*:

Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g.: as

liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical e os direitos políticos e à nacionalidade), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos e coletivos. (STF, 1997, p.86)

Ademais no texto do acórdão publicado no julgamento em comento, encontra-se assentado, ao menos implicitamente, a possibilidade de uma emenda constitucional revogar os direitos previstos no art. 7º. Explico:

No julgamento da ADIN nº 1946/DF, foi analisada a constitucionalidade do art. 14 da EC 20/98 que assim dispõe:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (BRASIL, 2016)

Referido artigo estabelece um limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social, ou seja, mesmo que o salário do trabalhador fosse maior que o limite estabelecido, a previdência estaria autorizada a pagar apenas até o limite, o que poderia significar um decréscimo nos vencimentos do trabalhador, caso o mesmo ganhasse um valor acima do limite estabelecido pelo texto quando deixasse a atividade para adentrar no sistema de benefícios previdenciários.

Como a emenda não deixou ressalvas, ou seja, incluiu na limitação de teto todos os benefícios previdenciários, entendeu-se que a previdência social poderia limitar a esse teto o benefício pago em virtude do afastamento das trabalhadoras em licença-maternidade. Acontece que tal norma contrariava frontalmente o que dispõe o art. 7º, XVIII da CF/88 que garante às trabalhadoras gestantes uma licença de 120 (cento e vinte) dias sem prejuízo do seu salário.

O caso foi levado ao STF, sob o argumento de que o art.14 da EC 20/98, ao abarcar todos os benefícios previdenciários, inclusive o salário maternidade, no limite ali colocado, violaria o disposto no art. 7º, XVIII e sendo esse direito cláusula pétrea não seria passível de modificação, mesmo através de emenda constitucional.

Em que pese a fundamentação da ADIN ter se ancorado na alegação de violação a uma cláusula pétrea, o pronunciamento final do STF, foi no sentido de dar interpretação conforme ao art. 14 da EC 20/98, para excluir da limitação ali estabelecida o benefício pago à título de salário-maternidade, não pelo fato de

reconhecer expressamente o art. 7º, XVIII como cláusula pétrea, mas sim pelo motivo de o constituinte derivado, não ter deixado explicitamente no texto do artigo a revogação do mencionado direito.

Desta forma, a interpretação conforme dada ao art. 14 da EC 20/98, baseou-se no fato de que o mesmo contrariou dispositivo constitucional anterior, sem revogá-lo explicitamente. Vejamos trecho do acórdão:

Diante desse quadro histórico, não é que se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente no art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional, por certo a E.C nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. (STF, 1999)

Em outras palavras, para corrente doutrinária favorável à possibilidade de abolição dos direitos sociais por emenda constitucional, o STF admitiu, pelo menos implicitamente que o constituinte derivado promulgasse uma emenda constitucional revogando dispositivo do art. 7º, o que por uma análise sistemática, permitiria dizer que pelo menos em tese tal artigo não se constituiria em cláusula pétrea.

Conforme verifica-se o Supremo Tribunal Federal não possui um entendimento pacificado a respeito do tema, embora não tenha havido uma oportunidade, desde a promulgação da constituição, em que o mesmo tenha sido provocado para decidir de maneira direta sobre o assunto, sendo certo que devido às ações decorrentes da reforma trabalhista aprovada pelo Congresso Nacional em 2017 e a proposta de reforma da previdência ainda em trâmite no parlamento, em breve o STF deverá fixar posição definitiva a respeito do tema.

4.3 Posicionamento da Doutrina Majoritária

Leciona José Afonso da Silva (2015):

[...] Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (SILVA, 2015, p. 61)

Para o autor supracitado o objetivo dos direitos sociais constitucionais é a melhoria nas condições de vida do homem a partir da promoção dos anseios de igualdade entre aqueles que historicamente se encontram em situações de desigualdade social. Sendo assim tais direitos possuem implicitamente um condão

de cláusula pétrea, eis que promove a igualdade, um dos direitos e garantias individuais do texto constitucional.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003) também reconhece na constituição portuguesa os direitos sociais no âmbito dos direitos e garantias individuais:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social (art.63), o direito à saúde (art.64), o direito a habitação (art.65), o direito ao ambiente e qualidade de vida (art.66), o direito a educação e cultura (art. 73), o direito ao ensino (art. 74), o direito a criação e a formação cultural (art. 78), o direito a cultura física e ao desporto (art. 79), são direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos. (CANOTILHO, 2003, p.476).

Paulo Bonavides (2015) destaca que, *in verbis*:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título II da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais, como cláusulas pétreas e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60 (...) os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão *direitos e garantias individuais* do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário. (BONAVIDES, 2015, p.642)

Xisto Tiago de Medeiros Neto (2004) também defende que:

Os Direitos Sociais, ao se inserirem no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais inscritos no Título II da Constituição da República de 1988, expressam, indubitavelmente, a opção do legislador constituinte em instituir um Estado Democrático de Direito pautado na promoção e efetivação dos valores sociais e individuais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana [...] os direitos sociais, em toda a sua extensão, abrangendo, inclusive, os direitos dos trabalhadores (art.7º. da Constituição Federal), constituem cláusula pétrea constitucional, não podendo ser atingidos pelo poder reformador derivado no sentido da sua alteração prejudicial ou extinção. (NETO, 2004, p. 79 e 87)

Marcelo Novelino (2013), embora não reconheça amparado pela cláusula de imutabilidade todos os direitos fundamentais, enxerga nos direitos sociais uma relação umbilical com a dignidade da pessoa humana, gozando, portanto da referida proteção:

Não se pode deixar de reconhecer, por exemplo, uma proteção qualificada aos direitos sociais que integram o chamado “mínimo

existencial”, formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana com dignidade. Assim como a proteção assegurada aos direitos e garantias individuais decorre de sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, direitos sociais decorrentes diretamente deste valor também devem ter o seu núcleo essencial preservado. Por certo, os direitos civis clássicos sem a complementação dos direitos sociais não conseguem concretizar adequadamente a dignidade da pessoa humana. (NOVELINO, 2013, p.71)

Ingo Wolfgang Sarlet *et al* (2016) propõem uma interpretação sistemática da carta de outubro para justificar o reconhecimento dos direitos sociais como cláusulas pétreas. Para o autor, desde o preâmbulo à constituição deixa claro quais são os valores supremos sobre o qual a República deveria ser erguida, entre eles àqueles destinados a assegurar o exercício dos direitos sociais, que dão fundamento à concepção de Estado almejada pelo constituinte originário. Sendo este um valor supremo, não haveria que se falar em possibilidade de mutação. Abaixo, segue o posicionamento do autor:

Já no preâmbulo de nossa constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa constituição consagra a ideia de que constituímos um estado democrático e social de direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incisos I a III, e 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 de nossa constituição. 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. (SARLET *et al*, 2016, p.71)

4.4 O Estado fundado em 1988, sua fundamentação na dignidade da pessoa humana e sua correspondência com os direitos sociais

Como visto no início deste trabalho o objetivo da criação de uma autoridade política para governar o homem, nasceu da necessidade da própria natureza humana, que sem essa autoridade superior voltaria ao seu estado natural. Em outras palavras, o objetivo do Estado desde a sua concepção sempre foi promover o bem do homem, enquanto homem.

Analizando todos os modelos de Estado existentes ao longo da história, podemos observar que nenhum logrou êxito nessa tarefa de promover o bem comum, sem antes estar fundado no princípio básico da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2005).

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. (MORAES, 2005, p.85)

Desta forma, é possível depreender que, para que o povo que compõe um determinado Estado opte pelo cumprimento das normas que dele emanam, essas normas precisam ter legitimidade. Se não existir a correspondência entre os anseios da sociedade com a norma posta, esta será exigida única e exclusivamente a partir da coerção que o soberano pode exercer sobre os governados, o que tira a sua legitimidade e em última instância desvirtua os objetivos de constituição do Estado, qual seja a promoção do bem de todos.

Essa identificação do povo com a norma é explicada pelo jusfilósofo alemão Jürgen Habermas (1997) pela ação comunicativa, ou seja, quando o Estado se comunica com a sociedade de maneira a tornar a norma fruto de uma ação social, essa norma se torna legítima. Em outras palavras o direito democrático, base do Estado de Direito, deve reunir além da validade formal os pressupostos de desejo social.

[...] o direito não é apenas constitutivo para o código do poder que dirige o processo de administração: Ele forma simultaneamente o médium para a transformação do poder comunicativo em administrativo. Por isso, é possível desenvolver a ideia do Estado de direito com o auxílio de princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado. (HABERMAS, 1997. p. 212.)

Essa comunicação entre os anseios da sociedade e a norma posta, corresponde ao corolário de respeito à dignidade da pessoa humana, que deve ser a base fundamental para qualquer Estado Democrático de Direito, pois só através dela

é que os objetivos de pacificação social e promoção do bem comum podem ser alcançados.

Quando analisamos a carta de 1988, observamos que o constituinte originário observou essa correspondência, haja vista o cunho essencialmente social democrata da nossa Constituição, que pode ser observado durante todo o texto político, demonstrando que os anseios da sociedade naquele momento foram inteiramente observados.

Há de se presumir, portanto que qualquer iniciativa tendente a abolir ou mesmo diminuir aquilo que foi conquistado, não encontrará apoio popular e embora possa estar formalmente amparado, não estará legitimamente sustentado pela sociedade, uma vez que não estará presente a ação comunicativa defendida por Habermas.

Conclui-se que o Estado fundado em 1988, está alicerçado na dignidade da pessoa humana em caráter determinante, sendo que qualquer medida no sentido de suprimir direitos não estará conjugada com as bases deste Estado, violando frontalmente a sua Constituição, consubstanciando-se em verdadeira usurpação da vontade popular.

4.5 Princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos sociais

Por muito tempo houve quem acreditasse que os princípios fossem dizeres inscritos na legislação sem eficácia jurídica e sem aplicabilidade direta de caráter puramente ético e axiológico. A partir da elevação destes princípios à status de norma jurídico esse entendimento se modificou, de maneira que para a doutrina atualmente aceita “os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações.” e que “sua aplicação deverá se dar mediante ponderação, onde o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível” (BARROSO, 2001, p.158).

Luís Roberto Barroso (2001) ensina que, no que tange ao princípio da proibição do retrocesso, observa-se que:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se

incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (BARROSO, 2001, p.158)

Celso Antônio Bandeira de Melo (2001) chama-nos atenção para um tema que possui profunda ligação com a proibição do retrocesso, qual seja a segurança jurídica:

O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isso, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes dentre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), da usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural do Direito. (...) Esta 'segurança jurídica' coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecendo como estável, ou relativamente estável o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso-, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. Bem por isto, o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma conseqüente mutação, para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos. (MELO, 2001, p. 93 e 94)

Ingo Wolfgang Sarlet (2005) explica que o cerne da proibição do retrocesso é identificar os limites do legislador infraconstitucional em retroceder na efetividade dos direitos sociais, mesmo que esse retrocesso não altere o texto constitucional. Em outras palavras, para o autor quando se trata da proteção social alcançada no âmbito do Estado Social e também na concretização dos direitos fundamentais sociais, deve ser aplicado o princípio da proibição de retrocesso, uma vez que esse princípio abrange toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais.

A ideia do princípio da proibição de retrocesso também tem, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2003), in verbis:

[...] sido designada como proibição de 'contra-revolução social'. Com isto quer se dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (CANOTILHO, 2003, p. 376)

Da leitura do art.3º da CF/88 podemos observar que constituem objetivos do Estado fundado em 1988, promover o bem geral do seu povo erradicando a pobreza, a marginalização e todas as formas de desigualdades sociais. Baseado neste artigo, podemos observar que seria no mínimo incoerente com o desejo do constituinte, permitir que os meios criados para alcançar estes objetivos, quais sejam a efetivação dos direitos sociais, pudessem ser suprimidos, reduzidos ou até mesmo mitigados.

Assim, uma vez conquistados tais direitos, eles somente poderiam ser expandidos, sob pena de retorno ao *status quo ante* que o constituinte quis erradicar.

Sarlet (2005) assim nos ensina:

No que diz com sua justificação e fundamentação jurídico-constitucional, apresentada aqui de modo sumário, a proibição do retrocesso social costuma ser vinculada também ao dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil. (SARLET, 2005, p. 82)

5 CONCLUSÃO

O Estado foi idealizado a partir de uma necessidade do homem de regulação das relações sociais, fazendo com que o indivíduo entregasse o seu poder de autodeterminação nas mãos de um ente coletivo que a partir de então passou a determinar o que cada indivíduo poderia ou não fazer. Em contrapartida este ente coletivo, deveria tutelar os direitos dos indivíduos de maneira a garantir-lhes proteção ante a sua vulnerabilidade. A essa relação mútua Jean-Jacques Rousseau chamou de contrato social.

Desde os primórdios os Estados foram constituídos a partir de diferentes modos, desde a concepção de governo divino exercido diretamente pela divindade, passando pela ideia de governo humano constituído pelo poder divino e encontrando finalmente a partir do século XVII a ideia de governo constituído pelo povo.

Para dar efetividade a esse pensamento de constituição estatal realizada diretamente pelo povo, foram instituídas as representações sociais, denominadas historicamente de Poder Constituinte. Essa representação primeira, ou seja aquela que é capaz de criar o Estado, bem como os seus valores e fundamentos, denomina-se de Poder Constituinte Originário, ao passo que a representação permanente destinada a acompanhar os anseios sociais e promover modificações no texto constitucional, chamamos de Poder Constituinte Derivado.

Tanto os Poderes originário e derivado possuem limitações de natureza prática. O primeiro encontra seu limite no direito natural, ou seja, não poderia de encontro aos valores de dignidade da pessoa, justiça, liberdade e igualdade. O segundo encontra o seu limite inscrito na própria constituição, não podendo, desta forma se posicionar em sentido contrário àquilo que quis o constituinte originário.

Existe no texto constitucional de 1988 uma série de limitações e exigências formais para a reforma do seu texto. As exigências formais têm por objetivo proporcionar à constituição, uma longevidade de maneira que a mesma garanta à sociedade a segurança jurídica necessária para o seu desenvolvimento. Já as limitações, que se dividem em materiais e circunstanciais, visam a proteger o texto constitucional de maneira a preservar a sua essência, impedindo que a reforma possa ser usada como pretexto para uma verdadeira revogação implícita da constituição.

Às limitações materiais, a doutrina convencionou denominar de cláusulas pétreas, cláusulas de eternidade ou mesmo cláusulas de imutabilidade. Na Constituição do Brasil de 1988 elas estão explicitamente enumeradas no art. 60, §4º, incisos de I a IV, contudo como visto neste trabalho esse rol não se constitui em *numerus clausus*, existindo fora dali outros valores imutáveis protegidos pela constituinte originário.

Dentre os valores protegidos pela cláusula de imutabilidade estão os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV da CF/88), que estão difusamente espalhados por todo o texto constitucional, não comportando apenas aqueles inscritos no rol do art. 5º, como já há muito definido pelo Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito especificamente aos direitos sociais, existe uma divergência doutrinária acerca da sua inclusão no rol de direitos e garantias individuais. Contudo, a corrente majoritária, da qual entendemos ser a correta, assenta que todos os direitos fundamentais, devem ser entendidos como cláusulas pétreas.

Para corroborar essa conclusão, uma análise histórica e sistemática da Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, nos mostra que a mesma marcou o fim de um período de autoritarismo e desrespeito aos direitos humanos, inaugurando o período de consolidação da democracia, com o objetivo de promover o bem de todos e por fim às desigualdades sociais, lançando mão, para tanto, do reconhecimento no seu próprio texto de um rol de direitos sociais que não podem ser suprimidos, sob pena, de voltarmos a estado de coisas existentes antes da carta política, desvirtuando assim o desejo do constituinte.

Em uma última análise, verifica-se que nos termos da doutrina proclamada por Habermas, as normas constitucionais originárias só podem ser modificadas se houver um interesse da sociedade nesta alteração, ou seja, precisa haver uma ação comunicativa entre Estado e sociedade de maneira a tornar a modificação legítima, o que não parece existir no que diz respeito à supressão de direitos sociais que se consubstanciar-se-ia em verdadeira violação aos direitos humanos e por consequência ao Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, J. A. G. Teorías de la tónica jurídica. Madrid: Civitas, 1988.

BARROSO, L. R. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; BARCELLOS, A. P. O Começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, (organizado por Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2005.

BARTHÉLEMY, J; DUEZ, P. Traité de droit constitutionnel. 9. ed. Paris: Dalloz, 1933.

BASTOS, C. R., Curso de teoria do Estado e ciência política. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

_____; Hermenêutica e interpretação constitucional. 3.ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BITTAR, E. C. B. Linguagem Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018; RTJ – 151, p. 755-841.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 29 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018; RTJ – 186, p. 472-479.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CRETELLA JÚNIOR, J; CRETELLA NETO, J. 1.000 Perguntas e respostas de direito constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GADAMER, H. A razão na época da ciência. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Verdad y método. Salamanca: Sígueme, vol. I, 1993.

HÄBERLE, P. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da

Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

_____. El Estado constitucional. México: UNAM, 2001.

HABERMAS, J. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vol II. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997.

HESSE, K. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, T. O Leviatã. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> Acesso em 14 jun. 2019.

HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 2. ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEITE, G. S. Interpretação constitucional e tópica jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAFRA, F. Direitos e garantias fundamentais: um conceito. Site Âmbito Jurídico. Rio Grande do Sul. Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=905> Acesso em: 17 nov. 2018.

MELLO, C. A. B. Curso de Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, G. F. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 21, p. 69/91. out./dez, 1997.

MORAES, A. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, M. C. B. Danos à pessoa humana - Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, X. T. M. Os Direitos Sociais e sua concepção como cláusula pétrea constitucional. Revista do Ministério Público do Trabalho. São Paulo, v. 14, n. 27, p. 79–87, 2004.

NOVELINO, M. Manual de Direito Constitucional. 8. Ed. São Paulo: Método, 2013.

REALE, M. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROUSSEAU, J. Do Contrato Social, Coleção Os pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 5 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

_____. W; MARINONE, L.G; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SMEND, R. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

VIEHWEG, T. Tópica y Filosofía del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1991.

ANEXO A – Acórdão Integral da ADIN Nº 939-7/DF

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL E DE LEI COMPLEMENTAR. I.P.M.F. IMPOSTO PROVISÓRIO SOBRE A MOVIMENTAÇÃO OU A TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - I.P.M.F. ARTIGOS 5., PAR. 2., 60, PAR. 4., INCISOS I E IV, 150, INCISOS III, "B", E VI, "A", "B", "C" E "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1- o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2- O princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3- A norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018; RTJ – 151, p. 755-841)

ANEXO B – Acórdão Integral da Medida Cautelar (MC) ADIN Nº 939-7/DF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (MEDIDA CAUTELAR). I.P.M.F. (IMPOSTO SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA). EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3, DE 17.03.1993 (ART. 2., PAR. 2.). LEI COMPLEMENTAR N. 77, DE 13.07.1993. ART. 60, PAR. 4., INCISO IV, C/C ARTS. 5., PAR. 2. E 150, III, "B", DA CONSTITUIÇÃO. PRELIMINAR DE INEPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE ATIVA (ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Se do texto completo da inicial se verifica que impugna a Emenda Constitucional que permitiu a criação do imposto, e a Lei Complementar que o instituiu, torna-se irrelevante o fato de, ao final, referir-se apenas, inadvertidamente, a inconstitucionalidade da lei.
2. Sendo a C.N.T.C. uma Confederação Sindical, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX, da Constituição Federal).
3. Nessa espécie de ação, a União não é parte e nem se pode deduzir, contra ela, pretensão a restituição de tributos, o que só se admite em ação de outra natureza e no foro competente.
4. Estando caracterizada a plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris"), ao menos quanto a alegação de violação do disposto no artigo 60, par. 4., inciso IV, c/c arts. 5., par. 2., e 150, III, "b", todos da Constituição, e de se deferir medida cautelar para suspensão da eficácia do art. 2. e seus parágrafos da Emenda Constitucional n. 3/93, que autorizou a criação do I.P.M.F., bem como de toda a Lei Complementar n. 77/93, que efetivamente o instituiu.
5. Hipótese em que a suspensão deve vigorar até 31.12.1993, reservando-se o Tribunal para, antes do início do recesso judiciário (19.12.1993), examinar se a estendera (a suspensão) ao exercício de 1994, apreciando, inclusive, os demais fundamentos da ação, caso até essa data não tenha sido ela julgada, pelo mérito.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018; RTJ – 151, p. 755-841)

ANEXO C – Acórdão Integral da ADIN Nº 1946/DF

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

6. Plenário. Decisão unânime.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 29 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018; RTJ – 186, p. 472-479.)

ANEXO D – Acórdão Integral da Medida Cautelar (MC) ADIN Nº 1946/DF

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998, E DO ART. 6º DA PORTARIA Nº 4.883, DE 16.12.1998, BAIXADA A 16.12.1998, PELO MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR.

1. Portaria ministerial não pode regulamentar norma constitucional, menos ainda quando esta é autoaplicável e por isso mesmo independe de regulamentação. Se vem a ser baixada, é de ser interpretada como de eficácia apenas interna, ou seja, no âmbito da Administração Pública, no caso, da Previdência e Assistência Social, destinada somente a orientar os servidores subordinados ao Ministério.

2. E, não tendo, a norma impugnada, da Portaria, eficácia normativa externa, não está sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade, por esta Corte, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme sua pacífica jurisprudência.

3. Precedentes do S.T.F.

4. Sendo assim, é acolhida preliminar, para não se conhecer desta A.D.I., no ponto em que impugna o art. 6º da Portaria nº 4.883, de 16 .12.1998, do M.P.A.S., o qual, porém, ficará sujeito ao controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nos órgãos judiciais competentes, e na solução de casos concretos, "inter-partes". Quanto a esse dispositivo, portanto, resulta prejudicado o requerimento de medida cautelar.

5. O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da C.F.). Precedente: A.D.I. nº 939 (RTJ 151/755).

6. No caso presente, o autor alega violação das normas contidas no art. 3º, inc. IV, no art. 5º, "caput", e inc. I, no art. 7º, inc. XVIII, e, por via de consequência, do art. 60, § 4º, inc. IV, da C.F./88.

7. Observado o precedente, é rejeitada a 2ª preliminar, relativa à inadmissibilidade de A.D.I. contra Ementa Constitucional. Resta, portanto, conhecida a Ação, no que concerne à impugnação do art. 14 da E.C. nº 20/98.

8. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

9. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a

revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E. C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

10. E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

11. Estando preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da ação ("fumus boni iuris") e do "periculum in mora", é de ser deferida a medida cautelar. Não, porém, para se suspender a eficácia do art. 14 da E.C. nº 20/98, como, inicialmente, pretende o autor. Mas, como alternativamente pleiteado, ou seja, para lhe dar, com eficácia "ex tunc", interpretação conforme à Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante, prevista no art. 7º, inc. XVIII, da CF/88, durante a qual continuará percebendo o salário que lhe vinha sendo pago pelo empregador, que responderá também pelo "quantum" excedente a R\$1.200,00, por mês, e o recuperará da Previdência Social, na conformidade da legislação vigente.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 29 de abril de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018; RTJ – 186, p. 472-479.)