



DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EC 95/2016

SOCIAL FUNDAMENTALS RIGHTS AS LIMITS TO CONSTITUTIONAL REFORM:
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE EC 95/2016

JOÃO PAULINO DE OLIVEIRA NETO* | CID AUGUSTO DA ESCÓSSIA ROSADO**

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a constitucionalidade do art. 110 e incisos da Emenda Constitucional 95/2016 em face do núcleo essencial da Constituição de 1988. Para isso, buscou-se ainda desenvolver a ideia de Estado Democrático de Direito e a tese de dirigismo constitucional como fonte dos pressupostos norteadores da interpretação e do próprio legislador. Houve espaço também para o estudo acerca dos direitos fundamentais e acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, bem como sua proteção pelo art.60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988. Nesse propósito, buscou-se junto à doutrina constitucional nacional e internacional o respaldo teórico para o desenvolvimento deste ensaio, que se desenvolveu com amparo no método bibliográfico, bem como, foram essenciais as lições obtidas junto aos pensadores da realidade brasileira para consubstanciar o entendimento acerca desta, no sentido de que a tese do dirigismo constitucional permanece válida para o caso brasileiro, que os direitos fundamentais não podem estar à disposição das contingências políticas e econômicas e que o art.110 e incisos introduzidos pela EC 95 /2016 no ADCT são inconstitucionais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; direitos fundamentais; Emenda Constitucional 95/2016.

ABSTRACT

This work has main goal to analyze the constitutionality of the art. 110 and incises, of the Constitutional Amendment 95/2016 in the face of the core essential of the Constitution 1988. For this, was sought yet, to develop the idea of Democratic State of Law and thesis of constitutional dirigisme as source of the guiding presupposes of the interpretation and of the own legislator. There was yet space, for the study about of fundamental rights and about of the fundamentality of the social rights, as well as your protection by the art.60, §4º, IV, Federal Constitution 1988. In this regard, there was sought in the national and international doctrine the theoretical support for to development this essay, that developed with support in the bibliographic method, as well as, were essentials the lessons obtained together with the thinkers of brazilian reality for to substantiate the understanding about this, in the sense that thesis about dirigisme constitutional remains valid for the brazilian's case, that the fundamental rights they can't be disposed by political and economics contingencies and that art.110 and incises introduced by the EC 95/2016 in the ADCT are unconstitutional.

Keywords: Democratic State of Law; fundamentals rights; Constitutional Amendment 95/2016.

* Bacharel em Direito pela Universidade Potiguar (UnP).
joao.paulino28@gmail.com

** Doutorando e Mestre em Estudos da Linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
Graduado em Direito pela UnP. Professor do Curso de Direito da UnP.
cidaugusto@gmail.com

Recebido em 29-3-2017 | Aprovado em 30-4-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ESTADO DEMOCRÁTICO E DIRIGISMO CONSTITUCIONAL; 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO; 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E EC 95/2016; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.
(C. B. MacPherson)

O cenário econômico internacional é caótico desde 2008 em que grande parte dos economistas reputam ser uma das piores crises da história do capitalismo ocidental, superando inclusive do próprio *crack* de 1929. O Brasil, assim como inúmeros outros países sofrem internamente com a crise produzida lá fora, porém, tem como agravante o caos político e institucional, o qual torna possível o aprofundamento da crise econômica sem se conseguir estabelecer um projeto de salvação da economia.

Encontramos internamente um sério problema quanto ao mercado interno, temos queda dos preços das *commodities*, produtos que garantiam uma certa estabilidade econômica, tendo *pari passu* a isso, os escândalos de corrupção que também acabam por influenciar na economia e na sua desaceleração (quase estagnação). Por decorrência, temos elevadas taxas de desemprego, ao lado de um crescimento anual que não consegue alcançar 3%. E como cereja do bolo, temos a mais alta taxa de juros do mundo e galopantes juros da dívida pública que abocanham grande parte do nosso PIB anualmente. Nunca tão válida foi a afirmação de que o Brasil não é para principiantes.

Esse cenário catastrófico é o pano de fundo para as brigas políticas e institucionais na nossa república, enquanto não conseguimos encontrar saídas que estanquem a sangria da crise econômica e consiga salvar os empregos dos trabalhadores. Em bem verdade, uma das alternativas, que surgiu nesse cenário, para ser a “salvadora da pátria” é a medida proposta pelo governo encabeçado pelo atual Presidente Michel Temer (que chega ao poder de maneira, no mínimo duvidosa, após um processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff), a qual foi uma proposta de emenda à Constituição que propunha o estabelecimento de limites às despesas primárias não financeiras da União pelos próximos 20 exercícios financeiros, e propondo o mesmo para as aplicações referentes à saúde e educação, sendo aprovada e passando a vigorar como EC 95/2016¹.

Apesar de instigante temática, este trabalho não tem como objetivo a discussão dos aspectos econômicos referentes à EC e suas consequências efetivas no plano macroeconômico como tal medida se propõe. Aqui, a discussão se limitará aos aspectos

¹ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm

constitucionais referentes ao art.110 e incisos inseridos pela EC 95 no ADCT, ou seja, buscará analisar a harmonização entre o dispositivo, obra do Constituinte ordinário que versa sobre os direitos sociais à saúde e à educação, e o núcleo essencial da nossa Constituição Federal.

Nessa empresa, irá se discorrer especificamente, como se formula o Estado Democrático de Direito imaginado pela nossa Constituição e esclarecendo como ainda é válida a tese do dirigismo constitucional para a realidade do capitalismo periférico, como é o caso brasileiro. Além disso, irá se traçar breves linhas acerca da evolução dos direitos fundamentais, dando ênfase especialmente às discussões sobre a fundamentalidade dos direitos sociais e sua proteção pelo art.60, §4º, IV da Constituição Federal. Por fim, far-se-á a análise do dispositivo supra mencionado e buscando demonstrar se há a sua adequação (ou não) ao núcleo normativo essencial da Constituição, a partir dos pressupostos trazidos ao longo do ensaio.

Para consecução dos objetivos deste ensaio, buscou-se junto à doutrina jurídica nacional e internacional, tanto em livros quanto em artigos disponíveis em meios digitais ou físicos, bem como em textos que se propõem a fazer uma interpretação do Brasil e de sua história, as condições para formulação do arcabouço teórico que sustenta a pesquisa e a construção dos resultados que serão apresentados, nos valendo para tanto, do método bibliográfico. Cabe salientar, que é mister para o pleno desenvolvimento da pesquisa o respaldo teórico acerca de como se construiu o Estado brasileiro, para se ter clareza sobre quais construções teóricas jurídicas podemos nos perfilhar para atender às necessidades que são intrínsecas a nossa complexa e singular realidade sócio-histórico-política.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PERMANÊNCIA DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Antes de se adentrar na discussão sobre aspectos, características e etc., acerca da temática que se anuncia no título, é mister, inclusive para melhor compreendê-las, que se disserte, ainda que brevemente apesar de instigante tema, sobre o contexto sócio-histórico-político em que elas se desenvolvem, ou como prefere Streck² a tradição na qual se assenta e desenvolve ambos os temas (direitos fundamentais e controle de constitucionalidade), quer dizer: traçar linhas sobre o Estado Democrático de Direito, seu sentido e inclusive sobre a própria história.

Se torna imprescindível para a devida compreensão da construção do Estado Democrático, atentar para a evolução do que seja o próprio Estado. Este, após, especialmente a Revolução Francesa, ganha feições daquilo que podemos chamar de Estado Liberal de Direito e que passa a impor aos poderes estatais limites para seu agir, de índole essencialmente absentéista, de maneira a garantir o livre desenvolvimento do indivíduo.

Por outro lado, em determinado momento da história, quando a classe outrora dominada, ascende à dominante (diga-se, a burguesia que formava o Terceiro Estado na França), as circunstâncias e as necessidades da nova classe dominada começa a se impor e exigir mudanças significativas no Estado, exigindo que passe a garantir, a agir efetivamente

² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

para alterar as condições materiais e possibilitar a igualdade de oportunidade, configurando o que se pode chamar de Estado Social de Direito, que culmina por exemplo nas constituições mexicana de 1917 e da República de Weimar de 1919 que trazem importante conteúdo social³.

Na esteira dos acontecimentos produzidos por regimes totalitários, como o Nazismo, que, com suas leis antisemitas, com campos de concentração e principalmente, com a “solução final”, possibilitaram a instituição do terror, do genocídio e das mais abomináveis práticas, como política de Estado, surge na Europa um novo movimento que acaba por culminar na construção de Constituições que possuem força normativa e trazem incorporados nos seus textos, como disposição intangível, o respeito pela dignidade humana e a instauração de um Estado Democrático de Direito, a exemplo da Constituição da Quinta República Francesa, a Costituzione della Repubblica Italiana e a *Grundgesetz* (Lei Fundamental Alemã).

Por sua vez, é indispensável discutir como o mesmo processo que na Europa leva a um novo movimento constitucionalista atraca em terras brasileiras. Inicialmente, é de se destacar que o Brasil (assim como a América Latina) passou por um deletério processo de colonização exploratória, o que impôs dificuldades no que diz respeito à acumulação, circulação e distribuição do capital, tendo somado a isso a formação do Estado brasileiro, sustentado em acordos e dominações das classes dominantes formando-se patrimonialismo-estamental⁴ que mostra sua face até hoje. Por outro lado, o país não possui uma história que bem conviva com a democracia, demonstrando, em sua história recente, seu cariz autoritário ao longo de 21 anos de regime militar a partir de 1964. Como resultante desses diversos fatos, a consequência inevitável é o não cumprimento das promessas da modernidade, legando ao povo brasileiro, a estagnação, retrocesso e a abissal desigualdade social⁵.

Nesse complexo contexto, sócio-histórico-político-econômico, carregando ainda a responsabilidade de dar fim ao regime ditatorial, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nossa Carta Política, segue o que fora proposto nas constituições europeias, especialmente a portuguesa e espanhola, instaurando um Estado Democrático de Direito e trazendo um catálogo vasto de direitos fundamentais.

Desse novo cenário, em que temos uma Constituição com força normativa, o pluralismo político, a garantia dos direitos fundamentais e um programa político de desenvolvimento social como núcleo do programa constitucional, com Streck e Bolzan, podemos aduzir que “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”.⁶

De tal maneira, trata-se de validar o ideal do Estado Social possibilitando uma igualdade material, visando colmatar as lacunas da desigualdade, sem por sua vez deixar de lado as garantias individuais caras a um regime democrático. Nesse sentido, é dizer que:

³BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁶ *Idem*, p.98.

O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.⁷

De tal modo, a ideia democrática exurgida do segundo pós-guerra e pós-ditadura, tem um cariz substancial, que coloca como horizonte a utopia da transformação da realidade na qual o texto constitucional está inserido. É, pois, garantir substancialmente as liberdades e não meramente em um aspecto formalmente considerado. E nessa empresa, juntamente com Streck e Bolzan podemos afirmar, como principiologia do Estado Democrático de Direito, a vinculação a uma Constituição, organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, Justiça Social, igualdade, separação das funções do Estado, legalidade, segurança e certeza jurídicas⁸.

Como se percebe, não se trata apenas de alterações “ornamentais”, mas de alterar o próprio paradigma a partir do qual se pensa sobre Estado e Direito, e também a Política, haja vista que como se depreende do próprio texto constitucional⁹ existe no seu núcleo um programa político que nos coloca no caminho em direção a uma sociedade bem diferente da que temos, pois como afirmam Streck e Bolzan “[...]a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é por isso que o texto — dirigente e compromissório — aponta para esse desiderato”¹⁰.

Nessa quadra, é importante ressaltar (e esclarecer) a afirmação de que a Carta de Outubro, se trata de um texto compromissório e dirigente, dando relevo mais uma vez, à dimensão política que nosso Texto Fundamental possui, de maneira que isso implica diretamente não apenas em exigências ao legislador como à própria sociedade.

A tese do dirigismo constitucional tem sua elaboração primeira, pode-se dizer, com o alemão Peter Lerche, mas em terras brasileiras teve difusão a partir do trabalho do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. A tese do eminente pensador lusitano, que em certa medida é a ampliação do projeto esboçado por Lerche, se trata de conceber a Constituição em seu todo como dirigente, e vinculando, portanto, o legislador em grande medida e estabelecendo ações positivas por parte do Estado.

Não obstante, com o crescimento do neoliberalismo e o crescimento de movimentos desregulamentadores, diversos autores demarcam posicionamento de crítica ao dirigismo constitucional, inclusive, o próprio Canotilho que faz uma revisão de sua tese, haja vista, entenderem que há intervenção demasiada e substituição da política pelo direito. Nesse mesmo contexto, sobressalta-se não apenas a crítica (e crise) da Constituição Dirigente, mas também as crises da própria Constituição e do Estado, implicando, portanto, que é necessário

⁷ BONAVIDES, *op.cit.*, p.204.

⁸ *op.cit.*, p.99 *et seq.*

⁹ Vide os arts. 1º e 3º da Constituição de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”; “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁰ *Op.cit.*, p.105.

compreender a Constituição e o Estado, não isoladamente, mas inter-relacionados entre si, e com a própria sociedade¹¹.

Nesse sentido, para superar essas crises é preciso uma compreensão que vislumbre a relação necessária entre Estado e Constituição juntamente com a própria sociedade, principalmente, pelo fato que é necessário que a Constituição esteja direcionada para a realidade na qual ela está inserida. Exatamente por isso, a Lei Fundamental brasileira de 1988, demonstra seu caráter dirigente e vinculativo, quando nos deparamos com a realidade nacional, em que os compromissos do desenvolvimento produzidos pela modernidade não se cumpriram devido a fatores próprios da nossa realidade. Desse modo, é fundamental não uma Teoria Geral da Constituição e do Estado, mas uma Teoria da Constituição e do Estado compatíveis com a suas realidades. Como assinalam Streck e Bolzan:

A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo não há 'um constitucionalismo', e, sim, vários constitucionalismos¹².

Nesse mesmo aspecto, o debate acerca do dirigismo constitucional e de sua normatividade, ganha reforço quando retomamos o pensamento do eminente jurista alemão Konrad Hesse, ao elaborar importante crítica sobre a dicotomia estabelecida por Ferdinand Lassale, que afirmava a existência de duas constituições, uma real e outra jurídica; aquela resultaria das relações fáticas estabelecidas na sociedade, e esta seria mera folha de papel. No sentido de superar tal dicotomia, Hesse disserta sobre a normatividade do texto constitucional, propondo uma nova relação entre a "Constituição real" e a "Constituição jurídica", aspecto que dá enorme contribuição para a discussão sobre o dirigismo constitucional.

Para a empresa de ir além da dicotomia proposta por Lassale, Hesse propõe que a Constituição real e a jurídica, não estão cindidas, mas ao contrário, estabelecem uma relação necessária entre si; analisar isoladamente aquela, implicaria estar à mercê das relações sociais sem critério normativo algum, esvaziando as possibilidades do texto constitucional; por outro lado, levar em consideração apenas a jurídica, importa retirar da Lei Fundamental as suas possibilidades junto à realidade. Pertinente, portanto, trazer à colação as palavras do próprio Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution. *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romania, v. 20, p.1-33, 2011. Disponível em: <http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2016.

¹² *Op.cit.*, p.109.

formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas¹³.

É de fundamental importância o magistério do nobre jurista germânico, quando o pensamos juntamente com a proposta da Constituição Dirigente. Ao nos depararmos com a realidade na qual estamos inseridos, em que as desigualdades são proeminentes e com uma história que se repete ao passar dos anos, e por outro lado, analisamos nosso Texto Magno de 1988, torna-se evidente, que “Elle se propose, donc, à considérer le sens, la réalité sociale à laquelle elle appartient, sa dimension historique et sa prétention de transformation”¹⁴. Em vista do já exposto, é fundamental a afirmação da força normativa do texto constitucional brasileiro e o seu caráter dirigente, “pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população”¹⁵¹⁶.

Neste ponto, cabe nota para o esclarecimento de que a tese da Constituição Dirigente, não se presta à ideia equivocada de substituição da política pelo direito; substituir o legislador pelo magistrado. A proposta em verdade, se trata de dar direcionamentos à política para consagração de uma sociedade justa e solidária, como aspirações ratificadas no pacto firmado no momento constituinte e para além deste momento mesmo. Nesses termos, se trata de afirmar que “La Constituttion Dirigeante cherche rationaliser la politique, incorporant une dimension matérielle qui la légitime, au moment où elle établit un fondement constitutionnel à la politique”¹⁷.

Numa última palavra sobre essa matéria, é sobremodo conveniente a lição do eminente constitucionalista brasileiro Lênio Streck, o qual sentencia que

A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofamento em que convergem a dimensão democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Portanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente¹⁸.

¹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. p. 14-15.

¹⁴ BERCOVICI, *op.cit.*, 2011, p. 11. “Ela se propõe, portanto, a considerar o significado, a realidade social a qual pertence, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação”. (Tradução nossa.)

¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 07 dez. 2016. p.36.

¹⁶ No que diz respeito às normas programáticas, podemos dizer, resumidamente, que elas são “[...] disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.” (BARROSO, 2006, p.114). Tais normas são “um programa político incorporado ao ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia prevalente em relação às normas legais ordinárias.” (CRISAFULLI, 1952, p.104 *apud* BARROSO, 2006, p. 115).

¹⁷BERCOVICI, *op.cit.*, 2011, p. 15. “A Constituição Dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão material que a legitima, no momento que estabelece um fundamento constitucional para política.” (Tradução nossa).

¹⁸ STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p.118.

Dessa maneira, restam inócuas as críticas que afirmam que a ideia de dirigismo constitucional pretende ocupar o lugar da política. Em bem verdade, se trata justamente do contrário, pois não há possibilidade de efetivação do programa constitucional sem a política, importando que haja uma convergência e todas as funções estejam interligadas. Nesses termos, quer se afirmar que “La politique se manifeste non seulement dans l'instauration de la Constitution (le pouvoir constituant originare) mais également dans les moments suivants d'effectuation de l'ordre constitutionnel par une politique constitutionnelle”¹⁹, restando claro, portanto, que política, Constituição e sociedade, se interligam fundamentalmente.

Feita essa breve exposição acerca do que seja o Estado Democrático de Direito e a importância do dirigismo constitucional para países do capitalismo periférico, no caso o Brasil, pode-se passar para a discussão acerca dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, já que são a matéria-prima para o desenrolar deste ensaio.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse contexto, em que se tem uma mudança paradigmática de salutar relevância no que diz respeito à compreensão acerca de Estado, direito e política, após o período do segundo pós-guerra, encontramos na discussão sobre direitos fundamentais o *locus* para rediscutir inclusive a própria democracia tão cara a esse novo modelo que se propõe, ainda, a ser transformador da realidade na qual está inserido, como já dito, com especial importância para países da periferia do capitalismo em que ainda não alcançaram níveis razoáveis de condições mínimas de sobrevivência com dignidade, devido a longos e penosos processos que a própria história demonstra.

Não diferindo-se desse quadro, também está o Brasil que se construiu em bases autoritárias e de permanente estreitamento do espaço público de discussões, havendo, por vezes (para não dizer sempre) a confusão entre o público e o privado, em que sequer uma ideia mesma de república conseguiu lograr êxito em seu intento²⁰. Dessa forma, uma ideia de Constituição passa a ter vínculo necessário com a ideia de direitos fundamentais, importando, por sua vez, em significativo vínculo com a própria democracia.

De tal modo, se torna intangível tratar dos direitos fundamentais, haja vista que eles são a matéria-prima normativa que asseguram sustento para o desenvolvimento da ideia na qual se alicerça não apenas este ensaio, mas toda uma tradição que se propõe a construir e dar efetividade ao que consagra o Texto Fundamental da nossa república. Neste sentido, trazer à colação a magistral lição de Lenio Streck é de grande relevo:

¹⁹ BERCOVICI, *op.cit.*, p.11. “A política se manifesta não somente na instauração da Constituição (o poder constituinte originário) mas também nos momentos seguintes de efetuação da ordem constitucional, por uma política constitucional.” (Tradução nossa).

²⁰ Cf. CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

A democracia e os direitos fundamentais passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um 'desde-já-sempre', condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de-ser-no-mundo²¹.

Sendo assim, significa dizer que a relação entre direitos fundamentais e democracia, condiciona o próprio agir do Estado (e também dos particulares) limitando-o e apresentando as premissas de onde se deve partir; portanto, direciona os passos em direção ao futuro, mas sem esquecer do passado como forma de não permitir que novamente se torne o presente.

Dito isso, é salutar, que tenhamos como norte a ideia de que os direitos fundamentais criam e mantêm as condições básicas, elementares para uma vida em liberdade e que tenha respeito às próprias condições de dignidade humana, sendo por sua vez, em sentido mais estrito, aqueles direitos, os quais a própria ordem jurídica vigente incorpora e qualifica como tais, ou seja, fundamentais²².

Nessa quadra é interessante notar que é possível se perceber um aspecto que leva em consideração os direitos fundamentais em uma dimensão formal, ou seja, se considerando fundamentais aqueles direitos que assim são designados pela própria constituição e aqueles direitos que recebem da Constituição grau elevado de garantia ou segurança no que diz respeito à sua imutabilidade ou dificuldade de modificação.²³

Por sua vez, é notável (e necessária) a existência de uma visão material acerca dos direitos fundamentais, dando, portanto, conteúdo a tais direitos. Neste sentido é importante o magistério do ilustre constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides que traz a lição do pensamento germânico schmittiano aduzindo que

[...]ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.²⁴

Demonstrado isso, torna-se evidente que tais direitos (assim como já se falou retro, acerca da própria Constituição) não podem ser vistos de maneira desvinculada da sua realidade, bem como não podem ser considerados do ponto de vista meramente jurídico, quer dizer, em um ponto de vista exclusivamente normativo, por seu status constitucional. É de relevante importância se compreender os direitos fundamentais, em perspectiva que conceba-os a partir de seu conteúdo histórico e demarcador de um processo civilizatório, quer dizer, que os analise dentro da própria história e de seu devir, garantindo-os para além da própria ordem jurídica, mas também como instrumento de transformação de determinada

²¹ STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, op.cit., p.125.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p.575.

realidade, importando, dessa forma, em um conteúdo histórico e civilizatório. Isso pode ser ratificado, a partir das pertinentes palavras de Georges Abboud para quem,

Outrossim, conceber os direitos fundamentais como conquista histórica da formação política e jurídica dos Estados permite que se evite o ressurgimento de situações históricas que se caracterizam pela restrição ou suspensão dos direitos fundamentais. Quando os direitos fundamentais são colocados como produto histórico oriundo de processo civilizar, qualquer situação de restrição ou eliminação desses direitos poderá ser considerada ilegítima em virtude de evidente retrocesso social.²⁵

Dito isso, é sobremodo conveniente trazer à lume a discussão sobre as dimensões²⁶ dos direitos fundamentais, o que implica, por sua vez demonstrar justamente esse conteúdo histórico e como eles vão se acumulando e complementando, na empresa de impor os limites ao arbítrio estatal e também exigirem, quando necessário, a intervenção do mesmo. Sendo assim passamos a um esboço das dimensões dos direitos fundamentais.

2.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Nessa seara, há entendimento, em grande medida pacificado, no sentido da existência de três dimensões de direitos fundamentais. Curiosamente, quase como um vaticínio, tais dimensões coincidem exatamente com o lema da Revolução francesa: “*Liberté, Égalité, Fraternité*”. Respectivamente, atribui-se liberdade aos direitos de primeira dimensão, igualdade aos direitos de segunda dimensão e fraternidade aos direitos de terceira dimensão. Por outro lado, não ostentando tanta pacificação como os anteriores, há autores que sustentam a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e até mesmo de sexta dimensão. No entanto, para os limites deste ensaio nos restringiremos a uma breve explanação acerca das três primeiras dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, apesar de deitar raízes desde os primórdios da própria modernidade, porém, no âmbito de sua consagração nas Constituições escritas pode-se afirmar que seja obra do pensamento liberal-burguês do século XVIII especialmente a partir da influência do iluminismo. Correspondendo, como já dito, à esfera da liberdade,

²⁵ ABOUD, Georges. *O processo civilizador e os direitos fundamentais. História e Cultura*, [s.l.], v. 4, n. 3, p.140-155, 16 dez. 2015. p.144

²⁶ É conveniente indicar a opção pela nomenclatura de “dimensões” em vez de “gerações” para se evitar possíveis equívocos que esta nomenclatura pode trazer, possibilitando entendimento de que haja com passar do tempo uma substituição dos direitos. De tal sorte, preferiu-se utilizar para este trabalho o termo “dimensões” para entender-se que entre os direitos fundamentais de uma dimensão para outra há uma cumulatividade, complementariedade entre si. Neste sentido cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.45 e ss.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.²⁷

Podemos dizer, que são os direitos que surgem no nascedouro do pensamento constitucional ocidental e que “[...] continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados”²⁸. É válido dizer que na nossa Lei Fundamental de 1988 esses direitos se encontram albergados especialmente — mas não apenas — em seu art.5º e seus incisos.

No que concerne aos direitos fundamentais de segunda dimensão, daremos breve nota haja vista que se guardará tópico específico para tal discussão. Nos dizeres de Paulo Bonavides esses direitos “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”²⁹. Dessa forma, percebemos que tais direitos carregam consigo uma exigência de ação por parte do Estado, ou seja, uma interferência materialmente considerada.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade chamou a atenção pelo seu maior grau de compromisso com um projeto de humanidade. Podemos dizer que são o

[...] resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.
30

Pode-se dizer que os direitos de fraternidade se desligam da ideia de indivíduo em si, como partícula, quer dizer: tais direitos guardam correspondência não com o indivíduo como uma estrela do céu, mas tendo-o como parte de uma constelação a ser observada. Dessa forma, podemos afirmar que “Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”³¹. Considera-se como exemplo, o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente, este inclusive, que tem guarida expressa no nosso texto constitucional no art.225.

Ditas essas breves palavras sobre a evolução dos direitos fundamentais, podemos passar a uma análise mais pormenorizada acerca dos direitos fundamentais sociais, haja vista se tratar da temática levantada por este trabalho a uma análise mais pormenorizada acerca dos direitos fundamentais sociais, haja vista se tratar da temática levantada por este trabalho.

²⁷ BONAVIDES, *Curso...*, *op.cit.*, p.578.

²⁸ SARLET, *A eficácia...*, *op.cit.*, p.47.

²⁹ *Curso...*, *op.cit.*, p.578.

³⁰ SARLET, *A eficácia...*, *op.cit.*, p.49.

³¹ BONAVIDES, *Curso...*, *op.cit.*, 583-4.

2.2 Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988

Como já se salientou anteriormente os momentos históricos influenciam diretamente na construção das Constituições e dos valores que nelas serão consagrados como fundamentais. A partir disso e levando em consideração os inúmeros âmbitos que nosso Texto Magno visa albergar, possuindo assim um catálogo inesgotável de direitos fundamentais, resta clara a opção do Constituinte por um procedimento analítico, seguindo trilha semelhante do Legislador Originário português, por exemplo. É completamente compreensível essa opção, haja vista, que a nossa Constituição é construída logo após um longo período ditatorial. Nas palavras de Ingo Sarlet,

[...] o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos³².

Nessa quadra é mister dizer, que não se trata de uma salvaguarda apenas em relação aos “direitos de defesa” (ou seja, os de primeira dimensão), mas também direitos sociais. Pode-se afirmar, que se trata de uma dupla salvaguarda: por um lado busca-se não permitir que suprima o que já se conquistou (aspecto que será melhor discutido posteriormente) e, também, por outro lado, tende-se a uma exigência de permanente busca em garantir uma plena efetivação de tais direitos.

É de se elogiar o nosso Constituinte pela sensibilidade de perceber as nossas condições sócio-históricas-econômicas que relegam à grande parte do povo brasileiro condições sub-humanas e alçar ao plano de norma constitucional fundamental direitos que possibilitem uma igualdade para além da mera formalidade. Isso se evidencia ao percebermos que nossa Constituição em diversas partes de seu texto demonstra sua preocupação com a dimensão social, ao trazer expressamente dispositivos para isso voltados, como o art.6º, o Título VIII, no próprio art.170 e em inúmeros outros. Sendo assim, passamos a uma discussão acerca dos direitos fundamentais sociais.

Esses direitos de segunda dimensão, também entendidos como direitos à prestação, possuem nascedouro histórico, principalmente, a partir do momento em que o modelo liberal do Estado de Direito, começou a entrar em colapso devido ao descompasso produzido pela mera dimensão formal da ideia de igualdade. De modo a responder a esses anseios, passou-se a garantir direitos que exigem do Estado uma prestação, permitindo, assim, a ideia de uma igualdade material. Desse modo, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”³³.

Diante da cumulatividade entre as dimensões, tais direitos permanecem, assim, presentes no núcleo essencial das modernas constituições, apesar de que, seja possível afirmar o fato de eles possuírem um caráter emancipatório quando colocados frente à realidades como a brasileira e tendo seus conteúdos ampliados pela própria ideia de

³² A eficácia..., *op.cit.*, p.66.

³³ SARLET, *idem*, p.47.

democracia. Nessa mesma esteira, é de grande relevo, portanto, o magistério do professor Paulo Bonavides, ao afirmar que

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade 'objetivada', atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser 'criados', fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais da segunda geração³⁴.

Aqui já se esboça resposta para críticas que aduzem o caráter não fundamental dos direitos sociais, partindo de uma interpretação reducionista do espectro de proteção dada pelo Constituinte a esses direitos sustentada por um ideário liberal, em que não há como se conceber tais direitos como fundamentais, haja vista, não se tratarem de direitos de defesa, ou seja, que guarnecem a liberdade; em verdade, pressupõem a igualdade em sua dimensão meramente formal.

Tal crítica, em nosso ver, queda vazia por não levar em consideração que ao lado de direitos a prestações em sentido estrito³⁵, portanto, que existem o “fazer” estatal, encontramos direitos sociais que exigem justamente o contrário, visando garantir as liberdades sociais, como exemplo podemos citar a liberdade de associação sindical, direito de greve e entre outros, que se encontram no espectro de direitos sociais, mas possuem feição de típicos direitos de defesa.

Ainda acerca dos argumentos que pretendem “desclassificar” os direitos sociais como direitos fundamentais é salutar dizermos que o próprio Texto Magno não esboça qualquer distinção entre direitos fundamentais de índole individual e os de índole social. Para tanto, basta vermos que o próprio texto constitucional prevê elementos que visam a efetivação de tais direitos, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Depreende-se o mesmo, ao analisar-se o §1º do art.5º da nossa Constituição, que afirma a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais; bem como há clara harmonia com a concepção de fundamentalidade dos direitos sociais e o nosso ordenamento constitucional, a partir da abertura material produzida pelo §2º do art.5º³⁶.

Por sua vez, é mister que possamos desenvolver a ideia de que tais direitos são, a partir do ponto de vista das condições materiais, fáticas, pressupostos para o próprio exercício da liberdade. Como nos diz Paulo Bonavides,

Mas em verdade a maior das garantias constitucionais (e não apenas das garantias institucionais) seria indubitavelmente aquela que produzisse os pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se

³⁴ *Curso...*, *op.cit.*, p.581

³⁵ “São direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 499.

³⁶ Cf. SARLET, *op.cit.*, p.85 *et.seq.*

converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração.³⁷

É ainda salutar dizer, que não há como buscar a retirada do caráter fundamental dos direitos sociais pois seria retirar a alma da concepção de Estado consagrado pela nossa Constituição. O princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais, são características elementares da própria natureza do Texto Magno, quer dizer, correspondem a dimensões que formam a própria identidade constitucional.

Em bem verdade, garantir a fundamentalidade (e por corolário, a normatividade) dos direitos sociais dando azo a um plano de sua efetividade, se trata de garantir a própria condição de exercício da cidadania e garantir o próprio Estado de Direito (que como bem salienta Paulo Bonavides, em países periféricos só vingam estando atrelado ao Estado Social); é superar o modelo social vigente de subintegração e sobreintegração³⁸ em que apenas uma parte da população usufrui das benesses do Estado Constitucional. Dessa forma, “[...]na medida em que se reduz a eficácia jurídico-normativa das declarações constitucionais de direitos, fortifica-se sua função simbólica”³⁹. Função simbólica que cumpre o objetivo de manutenção de um *status quo* que impossibilita o caráter transformador imanente de um Estado Democrático.

Do que se esboçou chega-se a inevitável conclusão de que não só direitos fundamentais de defesa, mas também os de natureza prestacional, ou seja, os sociais, se traduzem em verdadeiros parâmetros de avaliação de constitucionalidade das normas, tanto infraconstitucionais quanto normas que visem a emenda à Constituição, sendo esta dimensão que muito será útil para a discussão do presente ensaio.

Passa-se a análise do controle de constitucionalidade das normas no ordenamento pátrio, a partir dos direitos fundamentais, e como se harmoniza (ou não) com estes a emenda à Constituição de número 95, que durante seu trâmite ficou conhecida como PEC do Teto dos Gastos Públicos que institui um novo regime fiscal. Sendo objeto nos limites desta análise, as disposições concernentes aos serviços de saúde e educação, haja vista serem eminentes direitos sociais nos termos já esboçados ao longo deste trabalho.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/16

Quando falamos em controle de constitucionalidade importa antes de mais nada ressaltarmos que a Constituição se encontra na cimeira da estrutura normativa constituída e que é parâmetro de validade para as demais leis. Na contemporaneidade, o Estado é Estado Constitucional alçando como princípio reitor o princípio da supremacia da Constituição, estando as demais leis à disposição para apreciação de sua harmonia com o texto

³⁷ *Curso...*, *op.cit.*, p.582.

³⁸ Para melhor compreensão sobre, cf. NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p.253-277, 1994.

³⁹ NEVES, *idem*, p.267.

constitucional. Lição esta que podemos encontrar já nos artigos de O federalista os quais já diziam que “[...]ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”⁴⁰, pois,

Negar esto equivaldría a afirmar que [...]los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran em virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben”⁴¹.

Advém também do pensamento jurídico norte-americano o desenvolvimento da tese do *judicial review*, a partir do paradigmático caso de *Marbury v. Madison* (o qual infelizmente não poderá se traçar mais linhas aqui) que legou para todo o pensamento constitucional ocidental uma de suas principais inovações, originando também uma das modalidades de controle de constitucionalidade, qual seja, o controle difuso⁴² que encontra junto com o controle concentrado⁴³ espaço no modelo brasileiro, sendo guardado ao Supremo Tribunal Federal (STF) a competência para exercer o concentrado.

A inconstitucionalidade do ato normativo pode ser formal, ou seja, vícios que dizem respeito à “dinâmica” (daí ser também chamada de *inconstitucionalidade nomodinâmica*), ao procedimento a ser seguido no processo de elaboração do ato normativo⁴⁴. Podendo ser ainda por vício material (ou *inconstitucionalidade nomoestática*) correspondendo a uma contradição entre o conteúdo do ato normativo e o conteúdo da própria Constituição.

Os limites materiais se afirmam, principalmente, para garantir a identidade constitucional e o próprio projeto que nela encontra abrigo. Daí a importância que se tem os direitos fundamentais, justamente para averiguação da compatibilidade do ato normativo e a Constituição, seja a partir dos limites explícitos quanto dos implícitos⁴⁵, estes que “[...]decorrem do núcleo político da Constituição, das conexões de sentido da Constituição entendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito”⁴⁶.

Por sua vez, se há a impossibilidade de lei infraconstitucional estar em desacordo com a Constituição, evidentemente, o mesmo ocorre com propostas de emenda à Constituição, que inclusive encontram limites materiais expressos no próprio texto constitucional no art.60,

⁴⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p.332. “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido.” (Tradução nossa)

⁴¹ *Idem*. “Negar isto equivaleria a afirmar que [...] os representantes do povo são superiores ao povo mesmo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, senão inclusive o que proibem.”

⁴² “Diz-se que é controle *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2012. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.69.

⁴³ “No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade, é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal.” (*Idem*, p.70).

⁴⁴ Por exemplo, Lei Complementar que seja aprovada por maioria simples, importando em patente inconstitucionalidade por descumprir o mandamento do art.69 da Constituição Federal.

⁴⁵ SARLET, *op.cit.*

⁴⁶ STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p.819-820.

§4º e seus incisos⁴⁷. Nesse sentido ainda, é sobremodo relevante trazermos à baila a lição do mestre gaúcho Ingo Sarlet que discorrendo sobre a matéria nos traz a importante afirmação de que

A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração⁴⁸.

A preocupação do Constituinte em estabelecer as chamadas “cláusulas pétreas” não é injustificada. Mirando o futuro, com os olhos na própria história, resta evidente que o legislador Originário se preocupou que o novo pacto social, firmado após longo período ditatorial, e principalmente, o próprio esqueleto que sustenta o corpo estatal, pudessem sofrer com tentativas de alteração que lhes aniquilassem e juntamente com eles, as possibilidades de uma sociedade democrática. Sendo assim, não surpreendente a presença dos direitos e garantias individuais nesse rol. No entanto, há questionamentos se apesar de não expressamente presentes nesse dispositivo, os direitos sociais se encontram albergados no mesmo, temática a qual passamos a discutir.

A necessidade de se afirmar e garantir que os direitos sociais estão protegidos pelo IV do §4º do art.60 da Constituição frente aos críticos que asseveram o contrário, nos aponta antes de mais nada uma crise paradigmática e a não recepção, por grande parte dos juristas, das mudanças trazidas pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra. Tal necessidade é reflexo daquilo que Luís Alberto Warat chamou de senso comum teórico dos juristas, sendo isto, o lugar comum de onde os juristas partem; pode-se dizer que é a fonte ideológica de suas interpretações. Ao fim e ao cabo, cumpre função de assegurar a manutenção das relações de poder que se estabelecem⁴⁹.

Sendo assim, a partir do paradigma liberal-individualista que está no cerne do tal senso comum teórico, queda impossibilitada a proteção aos direitos sociais à supressão através de emenda constitucional, haja vista, sua interpretação (e modo de pensar) reducionista que não se abre à interpretação de nossa realidade juntamente com a Constituição, possibilitando assim um “ir além” que torne visível e dê efetividade à garantia dos direitos fundamentais sociais, tal qual os direitos e garantias individuais. Afinal, “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”⁵⁰.

Desse ponto, já nascem as inconsistências do discurso dos defensores da interpretação restritiva do dispositivo constitucional. Apesar de alguns direitos sociais implicarem um agir do Estado, eles encontram como objetivo a garantia da liberdade e têm como titular o próprio

⁴⁷ “Art.60... § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” Constituição Federal de 1988.

⁴⁸ *op.cit.*, p.430-31

⁴⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁵⁰ *BVerfGE* 33, 303 (331) *apud* ALEXY, *op.cit.*, p.439).

indivíduo, ou seja, se tratam de construir as condições fáticas de exercício às quais são necessárias para que o indivíduo possa se desenvolver na própria comunidade na qual está inserido; retirar a possibilidade dessa construção, na periferia do capitalismo, é por sua vez a retirada das próprias condições de dignidade do homem.

Ao trazer expressamente sua opção por um Estado Democrático de Direito, o texto constitucional traz juntamente, toda a tradição que alicerça essa construção, importando vincular e dar força normativa a tais conteúdos basilares, dentre eles está a de que vinculado ao Estado Democrático, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual exige do Estado sua proteção e respeito. É nessa esteira que o próprio constituinte elabora o art.3º⁵¹ do nosso Texto Maior, estabelecendo objetivos a serem cumpridos pelo Estado (e pela sociedade). Ainda que se referindo à Lei Fundamental alemã, pertinente são as palavras de Hesse: “O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto para ele pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa”⁵².

É inevitável a constatação de que a partir do nosso texto constitucional o princípio do Estado Social compõe nosso ordenamento, integrando *de anima* da nossa ordem. É inerente ao nosso Pacto Maior, a ideia da justiça social, a qual se faz expressamente presente em diversos dispositivos constitucionais, inclusive os que dizem respeito à ordem econômica.

Buscar justificativa para restringir o âmbito do inciso IV do §4º do art. 60, afirmando o cunho programático das normas que estabelecem fins ao Estado, além de esvaziar por completo os direitos sociais, ao se

[...]descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de 'meios' aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade)⁵³

É do próprio Texto Magno que encontramos os direcionamentos que nos colocam na trilha de um Estado Social, não apenas como critério de ação, mas de própria interpretação. De modo que interpretação da Constituição estaria se desvencilhando de seus

[...]vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração⁵⁴

Desse modo, é patente que os direitos sociais (e o princípio do Estado social que exsurge da identidade constitucional) guardam intrínseca relação com a garantia da própria

⁵¹ Cf. Nota 1.

⁵² *Elementos...*, *op.cit.*, p.175

⁵³ STRECK, *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p.146

⁵⁴ BONAVIDES, *Curso...*, *op.cit.*, p.675

dignidade da pessoa humana, haja vista, que sem garantir aqueles, esta fica esvaziada de suas possibilidades de realização concreta-social.

Dito isso, é boa hora se introduzir no debate a discussão acerca da EC 95/2016, que ficou conhecida como PEC do Teto de Gastos a qual estabelece um novo regime fiscal inserindo novos artigos ao Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) tratando da redução da despesa primária não financeira da União, ou seja, é o congelamento de tais despesas ao longo de 20 anos com reposição inflacionária a cada ano. No entanto, para os limites deste ensaio nos limitaremos a tecer considerações ao art.110 e seus incisos o qual foi inserido pela emenda constitucional no ADCT.

O referido artigo dispõe que as ações e serviços públicos de saúde e educação seguirão o mesmo que foi estabelecido para as despesas primárias, quer dizer: a saúde e educação terão o equivalente ao exercício anterior mais a reposição inflacionária por 20 exercícios. É justamente esta disposição que será objeto de análise de constitucionalidade, nos limites deste ensaio, a partir das premissas anteriormente já estabelecidas, ou seja, desde a perspectiva do dirigismo constitucional aos direitos sociais como protegidos de inalterabilidade pelo disposto no art.60, §4º, IV.

O primeiro ponto a se destacar é de que a medida proposta se trata praticamente revogar as vinculações orçamentárias⁵⁵ constitucionais estabelecidas pelos art.198, §2º, I e art.212, ambos da Constituição Federal, que garantem pelo menos 15% e 18% para aplicação em serviços de saúde e educação, respectivamente. Em verdade, o legislador constituinte buscou viabilizar, para além das contingências político-econômicas, a concretização dos referidos direitos sociais. Em grande medida é deixar parte dos recursos que deveriam ser destinados para tais finalidades, à mercê da discricionariedade do administrador, o qual pode dar aos recursos destinos diversos dos quais originariamente estariam vinculados.

De tal modo, como já se pode depreender, o dispositivo previsto na emenda 95 está eivado de inconstitucionalidade por ser verdadeiro óbice à concretização dos direitos fundamentais; impor cortes (não sendo possível aqui se advogar o eufemismo de se tratar de “limites”) nas fontes de recursos destinados a tais direitos, é torna-los meras abstrações, simples palavras no papel.

Em outra oportunidade, versando sobre as desvinculações de receitas da União, Fernando Facury Scaff foi imensamente preciso ao afirmar que “Não se deve reger a análise da Constituição pela fluidez do regime econômico de conjuntura. Esta possui uma dinâmica que não comporta modificação da estrutura constitucional para a ela se adequar”⁵⁶.

Para além disso, podemos ainda afirmar a patente inconstitucionalidade do dispositivo, por ferir não apenas dois direitos fundamentais sociais, mas por estar em desacordo a um complexo normativo (regras e princípios) que se trata do verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito que foi vislumbrado pelo Constituinte. Para demonstrar isso, fica claro que a redução progressiva dos recursos destinados à concretização dos direitos à saúde e à educação, implicam em verdadeiro ataque aos princípios do Estado Social, que garante a ação estatal e a proteção de um nível mínimo de continuidade do que já foi alcançado na ordem

⁵⁵ Se trata do vínculo jurídico que une determinada(s) receita(s) a serem utilizadas em determinada(s) finalidade(s).

⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Direitos humanos e a Desvinculação das Receitas da União - DRU*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, RJ, v. 236, p.33-50, abr/jun 2004. p.49.

jurídica. Há contradição ainda, com o que impõe o art.5º, §1º da Constituição federal, ou seja, a máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Além disso, esfacela com a tese proposta do dirigismo da Constituição, tendo em conta que a própria colocação de vínculos orçamentários denota que o legislador Constituinte intencionalmente quis deixar claro quais são as prioridades, o que é fundamental para consecução dos seus objetivos. A vinculação se trata, em verdade, do direcionamento do agir estatal como medida garantidora dos direitos humanos fundamentais.

Cabe ainda nota, de que o que propõe o art.110 inserido pela EC 95 é verdadeira afronta ao princípio de vedação ao retrocesso social, este que podemos afirmar ser uma das principais formas de garantia em um Estado Democrático de Direito, frente às disposições que visem à restrição ou aniquilamento de direitos fundamentais, especialmente os sociais. Este princípio reduz o espaço de conformação do legislador; como bem afirma Sarlet,

[...]o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental⁵⁷

Esse princípio consubstancia o que se prevê no art.60, §4º, IV da Constituição Federal, limitando a atuação do Poder Constituinte derivado reformador, no sentido de impossibilitar os direitos fundamentais. Intangível a necessidade de trazer-se à colação a lição de Lenio Streck:

Nesse ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da Constituição. Nenhuma emenda constitucional por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do direito.⁵⁸

Na esteira do que já se falou, é inegável a conclusão de que a vedação ao retrocesso social é instrumento garantidor do próprio núcleo político da Constituição. Impossibilitar medidas não apenas retroativas, mas também as que são verdadeiros retrocessos, é resguardar o projeto de uma sociedade livre, justa e solidária que norteou a elaboração do pacto social promulgado em 1988, não podendo ele estar à disposição das maiorias eventuais, sendo a jurisdição constitucional o instrumento idôneo para garantir “[...]a recomposição de

⁵⁷ *op.cit.*, p. 383.

⁵⁸ *Jurisdição Constitucional...*, *op.cit.*, p. 820

grupos desarticulados e autorreferentes no que diz respeito à defesa jurídica dos valores democráticos reconhecidos no pacto constitucional”⁵⁹.

Não é possível, portanto, afirmar que não há por parte da norma, obra do legislador constituinte ordinário, uma fundamental afronta à proteção que possuem os direitos e garantias fundamentais, estabelecida como cláusula pétrea, a partir da simples afirmação de se tratar de direito social, estando, portanto, afastado do espectro de proteção da norma limitadora de reforma constitucional. Como nos diz o eminente professor Paulo Bonavides as

Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.⁶⁰

Se trata na verdade da proteção à própria dignidade da pessoa humana. Em um país em que as desigualdades e a má distribuição de renda se traduzem na tônica do cotidiano, bem como a maior parte da população se encontra sujeita à condições sub-humanas, a ação de cortar os recursos referentes à saúde e educação públicas, é afrontar o próprio princípio basilar da república brasileira.

Para se dizer com clareza do que se trata, é preciso se utilizar das palavras adequadas ainda que duras. Desse modo, a proposta que permaneceu na EC 95, após diversos acordos políticos, é na verdade um *ato desconstituente*, pois aniquila a própria essência da Carta Magna brasileira. Dito isso, não resta conclusão diversa, se não a de que a aprovação dessa medida se configura em verdadeira instauração de um “estado de exceção econômico”, gerando “[...]no médio e no longo prazos, a deslegitimação democrática, o esfacelamento do Estado e formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo.”⁶¹.

Nessa medida, não há como não se concluir pela insofismável inconstitucionalidade material do dispositivo 110 da EC 95/2016, que deveria ter sido apreciada já no momento oportuno de tramitação, qual seja, o de avaliação da proposta pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Mas não tendo isso ocorrido cabe aos legitimados pelo art.103 da nossa Carta Política, postularem, o mais brevemente possível, a pertinente Ação Direta de Inconstitucionalidade, como instrumento idôneo para incitar a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, órgão constitucionalmente outorgado para guarda da Constituição.

⁵⁹ ABBOUD, Georges. *PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.452.

⁶⁰ *Curso...*, *op.cit.*, p.677.

⁶¹ BERCOVICI, Gilbert. *O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo*. Pensar, Fortaleza, v. 11, p.95-99, fev. 2006. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640>>. Acesso em: 21 dez. 2016. p.98.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando ao fim deste trabalho, podemos afirmar que a tese do dirigismo constitucional permanece sendo válida para o caso brasileiro, inclusive como forma de garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que represente um dos objetivos estabelecidos pelo nosso Texto Constitucional. Desse modo, conclui-se que o legislador não possui liberdade para utilizar de sua função para confrontar e desfazer o núcleo fundamental da nossa Carta Política, seja ao elaborar texto normativos infraconstitucionais, bem como textos que visem a emenda à Constituição, pois se trataria de “*détournement de pouvoir*” ou como preferem os alemães “*Verfassungsbeseitigung*”⁶².

De igual modo, os direitos fundamentais e demais componentes desse núcleo essencial, não podem estar à disposição das contingências políticas e econômicas pois se tratam da própria identidade do Estado, pois, os principais objetivos e as tarefas do Estado possuem sua normatização no próprio texto constitucional, haja vista, que a legitimidade do poder político estatal deriva da Constituição.

Nessa esteira, os direitos fundamentais sociais, igualmente aos direitos e garantias individuais, têm sua proteção garantida contra qualquer legislação que tende à sua restrição ou supressão. De igual modo, estão protegidos pelo espectro normativo do art.60, §4º, IV, que veda a possibilidade de emendas à Constituição atingirem os direitos e garantias individuais, haja vista, a impossibilidade de retirar dos direitos sociais além de sua fundamentalidade, a dimensão que se vincula ao próprio indivíduo como garantia de condição material de sua dignidade.

Nessa medida, restou evidenciada a inconstitucionalidade do art.110 e incisos introduzidos pela EC 95 /2016 no ADCT, haja vista, que ao efetivamente se fazer cortes nos recursos destinados à saúde e educação, através do estabelecimento de um “teto”, importando em verdadeira desvinculação das receitas constitucionalmente destinadas para concretização de tais direitos, está, na verdade, a esvaziá-los e retirar a sua força normativa e inclusive dos próprios dispositivos norteadores da ação estatal.

Por fim é evidente que essa problemática é reflexo da crise paradigmática a qual o Direito passa hoje, que implica em uma “baixa constitucionalidade” e por consequência a baixa efetivação da própria Constituição. O senso comum teórico dos juristas é o que sustenta essas interpretações restritivas e reducionistas do projeto constitucional; a matriz fornecida só responde a questionamentos de índole liberal-individualista, não estando, portanto, preparada para responder aos conflitos “além-indivíduo”. Nisso, a riqueza da nossa Constituição, que é justamente seu caráter emancipatório, fica desprovida de sua efetividade. De tal modo, é preciso libertar os grilhões que nos prendem a um vetusto paradigma, afinal, é preciso garantir a materialidade e concretude da liberdade a todos, não sendo mais possível restringi-las ao gozo de classes privilegiadas e seus interesses.

⁶² Cf. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.685-8 / DF.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *O processo civilizador e os direitos fundamentais. História e Cultura*, [s.l.], v. 4, n. 3, p.140-155, 16 dez. 2015.

_____. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2012. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, p.35-51, abr. 1999.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

_____. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p.95-99, fev. 2006. Disponível em:

<<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. *La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution*. *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romenia, v. 20, p.1-33, 2011. Disponível em:

<http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck.

_____. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p.253-277, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral do dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União - DRU. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, RJ, v. 236, p.33-50, abr/jun 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.