

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

UEA
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO
AMAZONAS



**ESCOLA DE
DIREITO**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS



EQUIDADE:

**REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS**

UEA
EDIÇÕES



Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima

Governador**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. André Luiz Nunes Zogahib

Reitor

Prof. Dra. Kátia do Nascimento Couceiro

Vice-Reitor

Prof. Dr. Raimundo de Jesus Teixeira Barradas

Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Prof. Dr. Valber Barbosa de Menezes

Pró-Reitora de interiorização

Prof. Dr. Roberto Sanches Mubarak Sobrinho

Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Prof. Dra. Joésia Moreira Julião Pacheco

Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. Darlisson Sousa Ferreira

**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Dr. Nilson José de Oliveira Junior

Pró-Reitoria de Administração

Prof. Dra. Isolda Prado

Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho

**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental****EQUIDADE:
REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO DA****UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. Ricardo Albuquerque UEA

Coordenação do curso de DireitoProf. Dra. Patrícia Fortes Attademo Ferreira,
UEA

Prof. Msc. Denison Melo de Aguiar, UEA

Editores Chefe

Prof. Msc. Monique de Souza Arruda

Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto

Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, PUC-SP

Prof. Dr. Danielle de Ouro Mamed, UFMS

Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP

Prof. Dra. Tereza Cristina S. B. Thibau, UFMG

Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA

Prof. Dr. Cássio André Borges dos Santos, UEA

Conselho Editorial

Prof. Dr. Lidiane Nascimento Leão, UFOPA

Prof. Msc. Assis da Costa Oliveira, UFPA

Prof. Dr. Nirson da Silva Medeiros Neto, UFOPA

Comitê Científico

Prof. Dr. Daniel Gaio - UFMG/MG

Prof. Dr. Paulo Victor Vieira da Rocha, UEA

Prof. Dr. Alcian Pereira de Souza, UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA

Prof. Msc. Monique de Souza Arruda

Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto

Prof. Dra. Adriana Almeida Lima

Prof. Dr. Ygor Felipe Távora da Silva

Prof. Msc. Neuton Alves de Lima

Avaliadores

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da Universidade do Estado do Amazonas/
Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do
Amazonas. Vol. 8. Nº 3. (2023). Manaus: Curso de Direito, 2023.

Semestral

1. Direito – Periódicos. I. Título

CDU 349.6

LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL**Ricardo Augusto Campolina de Sales¹**

Sumário: 1 Introdução. 2 O estado social condicionado pelo equilíbrio orçamentário. 3 Mutação Constitucional. 4 Manipulações inconstitucionais. 5 O princípio da vedação ao retrocesso. 6 Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo discute a exegese do texto constitucional, enfatizando a importância da ponderação e razoabilidade na interpretação, permitindo que um princípio prevaleça sobre outro desde que o mínimo existencial seja respeitado. Também aborda as mudanças constitucionais, destacando que essas mudanças ocorrem sem alterar formalmente a Constituição, mas reinterpretando seus preceitos de acordo com a evolução dos valores sociais, econômicos e políticos. O texto argumenta que as mudanças constitucionais são informais e espontâneas, e seu único limite é a não violação dos princípios fundamentais da Constituição. Além disso, menciona a manipulação constitucional como o descumprimento das normas constitucionais para apoiar interesses contrários ao Estado de Bem-Estar Social. Destaca a importância do princípio da proibição de retrocesso, que exige que os direitos já concretizados não sejam revogados sem alternativas ou compensações.

Palavras-chave: Estado de bem estar social. Proteção estatal. Limites da interpretação constitucional. Vedação ao retrocesso. Mutação constitucional.

***Abstract:** This article discusses the exegesis of the constitutional text, emphasizing the importance of consideration and reasonableness in interpretation, allowing one principle to prevail over another as long as the existential minimum is respected. It also addresses constitutional changes, highlighting that these changes occur without formally altering the Constitution, but reinterpreting its precepts in accordance with the evolution of social, economic and political values. The text argues that constitutional changes are informal and spontaneous, and their only limit is the non-violation of the fundamental principles of the Constitution. Furthermore, it mentions constitutional manipulation as the failure to comply with constitutional norms to support interests contrary to the Welfare State. It highlights the importance of the principle of prohibition of retrogression, which requires that rights already realized are not revoked without alternatives or compensation.*

***Keywords:** Welfare state. State protection. Limits of constitutional interpretation. Rewind seal. Constitutional change.*

¹ Juiz Federal. Aluno do Doutorado interinstitucional UFMG e UEA.

1 INTRODUÇÃO

Em qualquer discussão sobre políticas públicas sociais, há uma compreensão específica sobre as origens e o desenvolvimento do que se denomina Estado de Bem-Estar Social ou Estado de Bem-Estar Social.

A construção dialética da modernidade e o surgimento das constituições liberais, especialmente no final do século XVIII, trouxeram ao debate o caráter universal da igualdade social e o princípio lógico dos direitos sociais, entendidos como resultado de uma construção histórica gradual e de uma conquista da cidadania.

O estado de bem-estar social de hoje é um fenômeno histórico moderno, uma vez que as instituições de política social são o resultado de um processo de urbanização, desenvolvimento e modernização capitalista.

Neste contexto, verifica-se que o Estado-Providência é muito mais do que um simples resultado da democracia de massas, e é constituído pela transformação fundamental do seu próprio Estado, da sua estrutura, das suas funções e da sua legitimidade, para o qual não é apenas uma resposta à necessidade de igualdade social e econômica, mas também deve ser responsável pela segurança socioeconômica.

Os princípios inerentes ao Estado-Providência, caracterizado pela sua mutabilidade temporal e espacial, bem como pelos seus objetivos contraditórios, oscilando entre a segurança e a igualdade, encontram-se, por um lado, confrontados com as limitações decorrentes da necessidade de manter o necessário equilíbrio de um orçamento público, cujos rendimentos são insuficientes para cobrir as crescentes necessidades sociais, e por outro lado confrontado com a necessidade, dirigida ao Estado, de garantir um nível mínimo de acesso público aos bens e serviços, o chamado mínimo existencial. Tudo isto requer interação entre os diversos agentes econômicos, sociais e governamentais envolvidos.

Considerando estas ideias o presente trabalho procura abordar sobre os limites da interpretação constitucional no contexto do estado de bem-estar social frente ao dever de proteção estatal. Os objetivos específicos estiveram pautados em dialogar sobre o estado social e seu condicionamento ao equilíbrio orçamentário. Abordar sobre a questão da mutação constitucional, das manipulações inconstitucionais e do princípio da vedação ao retrocesso.

A problemática do artigo consistiu em analisar o seguinte questionamento: Quais os

limites da interpretação constitucional no contexto do estado de bem-estar social, especialmente diante do dever de proteção estatal e das limitações do orçamento público?

O método adotado foi o dedutivo e a pesquisa é de cunho bibliográfico-documental, feita a partir de doutrinas, leis e jurisprudências afetas ao tema.

2 O ESTADO SOCIAL CONDICIONADO PELO EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO

Em matéria de direitos sociais, a discricionariedade do legislador “não é absoluta e limita-se pelo respeito a um núcleo indestrutível de garantias aos interessados”, o que constitui um limite intransponível ².

A jurisprudência, de diversas maneiras, destaca o caráter preeminente de um direito: afirmando que a realização do objetivo de dar efetividade a um direito social “faz parte dos fins constitucionalmente protegidos”, que as disposições contestadas “respondem a fins sociais particulares mérito constitucional, pois tendem a conferir máxima efetividade à garantia dos diversos direitos sociais³.

O Tribunal Constitucional Italiano, na sua decisão n. 85/2013, esclareceu que dentre os direitos fundamentais nenhum tem “prevalência absoluta sobre os demais” tornando-se um princípio superior. Esse entendimento, porém, nega “uma hierarquia ‘rígida’ entre os direitos fundamentais”, conforme afirma a decisão.

Neste sentido podemos observar que “a qualificação dos valores do ambiente e da saúde como ‘primários’ significa que não podem ser sacrificados a outros interesses mesmo que estejam constitucionalmente protegidos”. Já que o ponto de equilíbrio deve ser avaliado pelo legislador e pelo administrador “no estabelecimento das regras e pelo juiz durante o controle” segundo critérios de proporcionalidade e razoabilidade ⁴.

A força que deriva dos direitos sociais, admissíveis como fundamentais, é um valor constantemente reconhecido como primário por este Tribunal, tanto pela sua natureza inerente à pessoa humana, como pelo seu valor como direito social, caracterizando a forma de Estado-Providência desenhada pela Constituição ⁵.

² Sent. n. 80/2010 dove richiama altre precedenti: nn. 251/2008 e 226/2000.

³ Sent. n. 440 del 09.12.1991, n. 90 del 09.03.1992 e n. 365/1993.

⁴ Sentenza Corte Costituzionale n. 85 del 09.04.2013-Ragionevole Bilanciamento tra Diritti Costituzional.

⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 37 del 31.01.1991.

A ponderação levaria a uma atenuação do carácter prescritivo da Constituição, na medida em que as operações de ponderação não pressupõem a Constituição como um conjunto de regras, mas como um catálogo de princípios. Na transição das regras para os princípios, chegando aos valores, a ponderação reduz progressivamente a carga normativa do direito e das normas constitucionais, acabando por resolver o problema dos direitos fundamentais numa série de temas, cuja força, conseqüentemente, deriva do intérprete da Constituição (MORONE, 2014).

Quando na verdade o direito social é também um direito primário e fundamental que exige proteção plena e exaustiva, um direito garantido pela Constituição e, como tal, diretamente protegido e exigido por sujeitos legítimos contra os autores de comportamentos ilícitos⁶.

Segundo a jurisprudência italiana, mais especificamente o acórdão n. 455/1990, por se tratar de um direito baseado em normas constitucionais de natureza programática que impõem um fim específico a atingir, é garantido a toda pessoa como um direito constitucional condicionado pela implementação que o legislador ordinário dá através do equilíbrio entre:

Os interesses protegidos por esse direito e outros interesses constitucionalmente protegidos, tendo em conta os limites objetivos que o próprio legislador encontra no seu trabalho de implementação em relação aos recursos organizacionais e financeiros à sua disposição no momento⁷.

O Tribunal Constitucional da Itália estabeleceu que há três pontos principais que devem ser respeitados ao examinar a extensão do direito à saúde e o seu carácter financeiramente condicionado: o uso do "equilibrado" e da "razoabilidade" na discricionariedade do legislador na sua implementação, aliás, a necessidade de salvaguardar o núcleo irredutível deste direito.

Na implementação dos direitos sociais aos benefícios estatais, a vontade do legislador ou administrador não é suficiente para implementar os princípios e normas constitucionais nesta matéria. Na medida em que só com recursos públicos previstos no orçamento anual será possível atingir o direito à saúde da população, por exemplo.

É importante dizer que a ponderação dos interesses constitucionais implica um procedimento que pode ser realizado em vários graus: a identificação das mercadorias pesadas, a reconstrução do significado das disposições monitoradas conduzida da mesma forma que a

⁶. Sentenza 455 del 16.10.1990. Corte Costituzionale Italiana.

⁷. Sentenza 455 del 16.10.1990. Corte Costituzionale Italiana.

ratio legis, a avaliação do contexto, a avaliação sistemática da hipótese transacional, visando com respeito à Constituição, todas essas fases da exegese jurídica visam chegar à própria decisão, visando estabelecer “a ordem dos valores em relação ao contexto, que pode ser aquele estabelecido pelo legislador ou aquele indicado pelo próprio juiz constitucional para corrigir a disciplina positiva” (MORONE, 2014).

Os direitos sociais estão, portanto, condicionados pela possibilidade e existência de recursos públicos, portanto, na sentença. Italiana n. 309/1999 reitera-se que “a proteção constitucional do direito à saúde não pode deixar de estar sujeita aos constrangimentos que o próprio legislador encontra na distribuição dos recursos financeiros à sua disposição”. Depois, na sentença. n. 248/2011, o Tribunal italiano afirma que a necessidade de garantir a universalidade e integralidade do sistema de saúde no nosso país colidiu, e ainda colide atualmente, com a limitada disponibilidade financeira que pode ser atribuída anualmente, no quadro de um planejamento geral de bem-estar e intervenções sociais no setor da saúde ⁸.

É um núcleo irreduzível do direito à saúde como área inviolável da dignidade humana. Portanto, a referida escolha de uma contração progressiva dos gastos públicos no domínio dos direitos sociais não é possível, porque o aplicador dos princípios constitucionais terá que realizar uma exegese que concilie as limitações orçamentais e o núcleo essencial dos direitos sociais previstos na Constituição ⁹.

Diante do risco de esvaziamento do conteúdo dos direitos sociais, a jurisprudência estabeleceu o entendimento de que os núcleos essenciais desses direitos estão intimamente ligados à dignidade inviolável da pessoa humana. Ou seja, foi firmado pela jurisprudência que “as necessidades das finanças públicas não podem assumir, na ponderação do legislador, um peso tão preponderante que comprima o núcleo irreduzível do direito à saúde protegido pela Constituição como esfera inviolável da dignidade humana”¹⁰.

Não podemos ignorar o alerta feito por Bruce Ackerman quanto ao risco que corre a previsão constitucional dos direitos sociais: o de se traduzir num mero exercício de futilidade. Em primeiro lugar, porque os menos favorecidos, portanto os principais destinatários dos direitos sociais, não estão em condições de expressar as suas intenções políticas de forma eficaz. Além disso, visto que, conseqüentemente, o Legislativo e o Governo, embora eleitos, se

⁸. Sentenza 309 del 07.07.1999. Corte Costituzionale Italiana e Sentenza 248 del 2016.10.2011. Corte Costituzionale Italiana.

⁹. Sentenza 252 del 05.07.2001. Corte Costituzionale Italiana.

¹⁰ Sentenza 180 del 09.05.1994. Corte Costituzionale Italiana.

mostrarão insensíveis ao pedido constitucional, e tenderão a recuar, atribuindo ao Judiciário a tarefa de estabelecer os direitos sociais. Finalmente, devido ao fato de os juízes não terem a capacidade técnica necessária para preparar as dotações orçamentais, a fim de transformar os direitos sociais em realidade (ACHERMAN, 2007, p. 121-122).

O conteúdo essencial de um direito social fundamental, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, confunde-se com o mínimo existencial, cujo âmbito de proteção é corolário lógico da aplicação da regra da proporcionalidade no caso concreto. Neste ponto, não podemos esquecer o raciocínio de Robert Alexy, segundo o qual as “restrições que respeitam a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial mesmo no caso em que, no caso concreto, nada resta do direito fundamental”; e, no caso específico do direito ao mínimo existencial, no contexto dos direitos sociais, “as ponderações podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos” (ALEXY, 2008, p. 297, 298, 513).

No caso específico dos países da União Europeia - que ratificaram o Pacto Fiscal Europeu, formalmente o Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária (Tratado do Pacto Fiscal), aprovado com um tratado internacional em 2 de Março de 2012 pelos membros estados da União Europeia - o orçamento equilibrado é ainda mais importante, porque cederam uma parte da sua soberania econômica e a sua política fiscal é agora supervisionada por uma instituição supranacional chamada Mecanismo Europeu de Estabilidade - MEE, formalizada pelo Tratado MES, datado 02.02.2012 ¹¹.

No que diz respeito ao orçamento, a ciência econômica dá importantes contributos para a compreensão dos limites do Estado social, na medida em que o planejamento das despesas e das receitas públicas permite estabelecer prioridades de despesa social e fazer escolhas que, por vezes, podem parecer trágicas, mas sempre dentro da realidade de que haverá necessidades sociais que não poderão ser satisfeitas na sua totalidade pelos governos. E gastar

¹¹. *Si tratta di un'istituzione finanziaria che assume la forma di un'organizzazione internazionale di diritto internazionale pubblico, composta dagli Stati membri dell'area Euro. «Tale sistema, oltre alla possibilità di raccolta fondi con l'emissione di strumenti finanziari o la conclusione di intese o accordi finanziari o di altro tipo con i propri membri, istituzioni finanziarie o terzi. Mediante l'imposizioni di vincoli ai poteri dei Paesi» può imporre misure di correzioni macroeconomiche e, ancora, azioni punitive ai Paesi inadempienti, sia la sospensione dell'esercizio dei propri diritti di voto per la durata dell'inadempimento e sia la previsione di sanzioni nel rispetto del piano di restituzione e il relativo pagamento confluisce nello stesso fondo del MES. Quindi, se è possibile verificare che l'equilibrio di bilancio, nei paesi dell'UE, è molto importante per la salute finanziaria della Comunità nel suo complesso e non solo sul l'aspetto individuale di ciascun paese.* PUZZO, Fernando. *Diritti sociali e crisi economica problemi e prospettive.* A cura di GAMBINO, Silvio. G. Giappichelli Editore. 2015. P.381 e ss.

com prioridades sociais, que satisfaçam o maior número de pessoas usuários mais necessitados, evitando desperdícios, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa (TIMM, 2008, p.59).

Diante das limitações dos recursos públicos, nem sempre é possível proporcionar direitos e serviços públicos com a mesma qualidade para todos. Nestas situações, a utilização dos recursos orçamentais disponíveis é decidida ponderando os princípios legais, respeitando sempre o princípio do mínimo existencial, de modo a não negar o direito previsto na constituição ¹².

A exegese do texto constitucional, feita com ponderação e razoabilidade, caso a caso, autoriza um princípio a prevalecer sobre outro, sem que este último deva ser anulado, desde que respeitado o seu mínimo existencial.

Estas escolhas do administrador ou do legislador são impostas pela realidade dos fatos e pela necessidade de se ter um orçamento equilibrado e, portanto, contêm, inegavelmente, um conteúdo ético, evidenciando quais valores são verdadeiramente importantes para a sociedade entre aqueles que a constituição considerou indispensável (GALDINO, 2005, p. 235).

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Um corolário do princípio da rigidez constitucional é a existência de um processo particular, mais solene e difícil, de alteração das normas constitucionais, como é o caso das Constituições do Brasil, da Itália, de Portugal, da Argentina, etc. Via de regra, qualquer modificação só deverá ser possível mediante o cumprimento de requisitos de caráter formal e específico (BARROSO, 2015, p. 123).

Estes requisitos e barreiras constantes das Constituições são como uma proteção que visa a preservação dos direitos fundamentais previstos na Lei, de modo a evitar que o poder constituinte reformador modifique os fundamentos e direitos que caracterizam a organização do Estado e o seu nível de desenvolvimento dos direitos sociais, implementando assim a proteção dos direitos sociais previstos no Texto contra possíveis reformas reacionárias.

¹² Franco Batistoni Ferrara (2005, p.5) reconhece que “a relação entre recursos e necessidades é geralmente desigual: os primeiros nem sempre são suficientes para satisfazer plenamente as segundas, pelo que é essencial fazer escolhas, por vezes ingratas, inspiradas em escalas de prioridades”.

Por esta razão, a análise das mutações constitucionais sem alteração do texto é de grande importância, pois estas constituem mutações do sentido da Constituição sem a alteração dos seus signos, sem a necessidade de observar os requisitos formais e os limites previstos, portanto, em tese, sem participação popular.

A doutrina alemã foi a primeira a estudar a existência de mutações constitucionais, quando se descobriu que o Reich era capaz de alterar o funcionamento das instituições estatais sem a necessidade de qualquer reforma do texto constitucional. Os juristas alemães perceberam que mesmo que as regras constitucionais permanecessem formalmente inalteradas, as práticas legislativas, administrativas e judiciais guiavam o Estado alemão por caminhos diferentes daqueles previstos pela Assembleia Constituinte, esta situação demonstrava que a rigidez da constituição era insuficiente para evitar mudanças na Constituição (PÁDUA, 2006, p.16).

As mutações constitucionais são métodos de modificação do texto das constituições que podem levar à alteração da lista de direitos previstos na Lei Fundamental. É uma forma de modificação, sem revisões ou alterações formais votadas pelo Parlamento, que se concretiza através da atribuição de novos significados aos seus preceitos e conteúdos não contemplados anteriormente e que, por isso, representa uma forma de mutação informal derivada da evolução ou involução dos valores éticos, econômicos e políticos da sociedade (BULOS, 1997, p. 53).

É importante sublinhar que o destino das Constituições é a permanência no tempo. O entendimento predominante é que pelo fato de os documentos constitucionais conterem em si assuntos que, pela sua importância, devem ser preservados da turbulência da política ordinária.

A constitucionalização retira certas decisões fundamentais do poder de possíveis maiorias políticas, mas, apesar disso, as Constituições não são eternas e não podem pretender ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a próxima aos seus planos, uma vez que os mortos - os Pais Fundadores - não podem governar os vivos ¹³.

As Constituições, como resultado da produção sociopolítica, sofrem mutações que vão além das formalmente previstas e, isso significa, que são modificadas não apenas por meio de reformas constitucionais submetidas à análise do parlamento, mas também para se adaptarem

¹³ Segundo BARROSO (*Opus citatum*. p. 146), é conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opuseram aos privilégios reivindicados de uma geração para outra, pelo fato de a primeira geração ter enquadrado a Constituição. Paine escreveu, em seu livro “Os direitos do homem” (sua primeira edição é de 1791): “A vaidade e a presunção de governar além do túmulo é a mais ridícula e odiosa das tiranias”.

à realidade das necessidades das sociedades que estão em constante movimento (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 220).

O dinamismo sociopolítico, jurídico e econômico exige a reorganização da realidade normativa de tal forma que os significados das normas previstas nas Constituições, sem revisões ou alterações, ganhem um novo significado, expressando uma conjuntura temporal específica, caracterizada por uma renovação, por uma produção de soluções normativas que nem sempre decorrem de reformas constitucionais implementadas de acordo com os complexos métodos formais de mudança da Constituição (BARROSO, 2015, p. 123).

Na Europa, a doutrina tradicional, derivada da teoria constitucional francesa, permitia alterações na Constituição apenas através do procedimento de reforma previsto no seu texto. Foi graças à teoria constitucional alemã, através de elaborações progressistas e à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que se conseguiu definir e demonstrar a tese que sustenta a possibilidade de modificações na constituição material de um Estado sem qualquer modificação do texto formal.

No início da década de 1930, o chinês Hsü Dau-Lin, em obra publicada em 1932, no contexto da produção teórica da doutrina constitucional da República de Weimar, teorizou que a mutação constitucional é a simbiose entre a Norma Jurídica Fundamental e a realidade do mundo dos fatos, concluindo que as normas constitucionais podem ser modificadas lentamente, sem a presença de um poder reformador. Assim:

O significado desta questão surge da natureza e intenção da constituição escrita. Porque no caso de uma mutação da Constituição, o desafio é respeitar o seu significado fundamental: neste caso, a necessidade de regras que devem abranger toda a vida do Estado e a validade superior das leis ordinárias são reduzidas a letra morta. Na verdade, já não existe coincidência entre a realidade para a qual estas regras foram emitidas e elas próprias. Há uma tensão entre a constituição escrita e a situação da realidade do mundo dos fatos (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 99 e 23)¹⁴.

Sem sombra de dúvida, mutação constitucional é a aplicação de normas que mudam lenta e imperceptivelmente, apesar de as palavras do texto permanecerem inalteradas. As Constituições, como organismos vivos, acompanham a evolução das circunstâncias sociais,

¹⁴ Do original «*Il significato di questo problema nasce dalla natura e dall'intenzione della costituzione scritta. Perché nel caso di una mutazione della costituzione, la sfida è a rispetto del suo significato fondamentale: in questo caso, l'esigenza delle regole che devono coprire tutta la vita statale nel suo insieme e la validità superiore alle leggi ordinarie si riducono a lettera morta. In verità, non esiste più coincidenza tra la realtà per la quale queste regole sono state emanate e esse stesse. Esiste una tensione tra la costituzione scritta e la situazione della realtà del mondo dei fatti.*

políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no na substância, no sentido, na extensão e no significado dos seus dispositivos (BULOS, 2010).

A impossibilidade de estabelecer limites às mudanças constitucionais em virtude do fato deste processo constitucional ser informal e espontâneo parece evidente. O único limite implícito existente é a consciência do intérprete de não poder violar os preceitos supremos do Estado com interpretações desviantes dos princípios fundamentais da Constituição, cuja violação significaria a ruptura da norma jurídica fundamental que está na base da Constituição.

Os riscos de interpretação constitucional são inegáveis, no que diz respeito à criação de restrições e mesmo à eliminação de alguns direitos sociais, pelo que se torna necessária uma vigilância contínua dos cidadãos, a fim de evitar que as garantias inerentes aos direitos sociais sejam superadas e os seus direitos abolidos, devido à decisões do Tribunal Constitucional, que tem o poder de modificar os direitos sociais sem a necessária legitimidade dada pelo voto.

A interpretação, a construção e a manipulação constitucional, se utilizadas nos limites da lógica e do bom senso, são meios adequados para a atualização do trabalho realizado pelo constituinte, pois sintonizam a Lei Suprema do Estado com o pulsar das mudanças sociais (BULOS, 1997).

4 MANIPULAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Havendo necessidade de alteração do sentido da lei, o que poderia acarretar violação de um dos princípios integrantes do núcleo duro da Constituição, estaríamos diante de uma distorção da atuação do implementador da Constituição.

Quando o intérprete do texto constitucional ignora a norma jurídica fundamental e passa a desconsiderar os direitos mais importantes, ocorre a hipótese de manipulação constitucional, ou seja, quando há modificações no sentido, sentido e extensão dos preceitos supremos do Estado, sem contudo alterar a gramática constitucional.

A manipulação inconstitucional é o descumprimento das normas constitucionais, que são utilizadas para apoiar de forma imprudente interesses contrários aos que estão na base do Estado, nomeadamente do Estado-Providência. O intérprete, ao invés de servir à Constituição, utiliza-a com artimanhas para fraudar a Lei Suprema.

A manipulação inconstitucional das normas constitucionais constitui um perigoso veículo de mutação constitucional, que ocorre em diversas situações cuja análise detalhada seria impossível. Isto impõe um dever constante de vigilância tanto às instituições que trabalham para a correta aplicação da Constituição como a todos os setores da sociedade.

A doutrina e a jurisprudência fazem com que, independentemente da forma de emenda constitucional, o princípio da proibição do retrocesso social deva ser sempre observado.

5 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

A proibição do retrocesso social, doutrinariamente, aparece impressa em diversas denominações. Em alguns países falamos do princípio *stand still*, que traduz a ideia de imobilidade, a exemplo da Bélgica. Na França, a regra do efeito *cliquet* (garra) ou *cliquet* anti-retorno (garra contra a regressão). No ordenamento jurídico anglo-saxão utiliza-se a expressão cláusula de eternidade ou, também, cláusula arraigada. No Brasil e em Portugal, esta instituição jurídica é chamada de 'irreversibilidade dos direitos sociais' ou 'princípio da proibição do retrocesso' (PRIEUR, 2012, p. 13-14).

Ressalte-se que qualquer modificação no texto constitucional não pode ignorar o princípio da proibição do retrocesso, que respeita os direitos fundamentais de natureza social, impede a dissolução das conquistas obtidas a partir do comprometimento do indivíduo ou da sociedade em que vive . Este princípio proíbe o retrocesso no campo social e constitui-se, nos processos de concretização, como uma barreira que garante o respeito aos direitos sociais de natureza performativa (como o direito à educação, à habitação, à saúde, etc.), impedindo que a concretização desses direitos seja reduzida ou eliminada.

Sobre este tema, é relevante a afirmação do constitucionalista português JJ GOMES CANOTILHO (1998), segundo o qual:

O núcleo essencial dos direitos sociais já implementados e implementados através de medidas legislativas (...) devem ser considerados constitucionalmente garantidos, sendo inconstitucionais quaisquer medidas do Estado que, sem a criação de outros regimes alternativos ou compensatórios, vêm «apagar ou» ab-rogar» este núcleo vital. A liberdade de ação do legislador é limitada pelo núcleo essencial dos direitos já adquiridos” (CANOTILHO, 1998, p. 320).

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

O reconhecimento desta proteção dos direitos de desempenho constitui um limite para o legislador e ao mesmo tempo um dever que visa procurar políticas compatíveis com direitos e expectativas concretas de origem subjetiva (SOARES, 2011, p. 65).

O princípio da proibição do retrocesso social poderia ser assim resumido: um núcleo essencial de direitos já concretizados e efetivados por meio de instrumentos legislativos que devem ser garantidos constitucionalmente e, portanto, todas as ações do Estado que, sem prever meios alternativos ou compensatórios, sejam inconstitucionais podem cancelar, revogar ou extinguir este núcleo essencial.

A propósito desta questão, o Tribunal Constitucional Português (Acórdão nº 39/84) ao firmar a cláusula de proibição de retrocesso reconheceu a inconstitucionalidade de um ato estatal que revogou as garantias já alcançadas no campo da saúde pública e pronunciou uma decisão resumida pelo Relator do caso, Conselheiro VITAL MOREIRA nos seguintes termos:

Se o Estado não garantir a necessária concretização dos deveres constitucionais obrigatórios específicos e concretos, este poderá ser objeto de censura constitucional durante a fiscalização da constitucionalidade por omissão. Mas quando destrói realizações anteriores resultantes da implementação de deveres obrigatórios, afeta a garantia de um direito fundamental e, portanto, a censura estará ao nível da ação direta de inconstitucionalidade¹⁵.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma determinada instituição, uma certa modificação do sistema jurídico – se for corretamente realizada terá o efeito de proteção direta da Constituição. O Estado não pode refazer os seus passos, não pode deixar de cumprir um dever já cumprido, não pode voltar a ser devedor. Se o fizesse, incorreria numa violação positiva da Constituição." ^{16.17}

¹⁵ Sentenze della Corte costituzionale, vol. 3/95-131, 117-118, Imprensa Nacional, Lisboa. Disponibile sul sito web:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

¹⁶ Su questo tema in dottrina portoghese, verificare: QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. Já, analisando, primordialmente, a aplicação deste princípio no cenário doutrinário/jurisprudencial espanhol e argentino, ver COURTIS, Christian (comp.). *Nium paso atrás*: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires. Del Puerto, 2006.

¹⁷ Do original: «*Se lo Stato non garantisce la necessaria realizzazione dei doveri costituzionali inderogabili specifici e concreti, ciò potrà essere oggetto di censura costituzionale in sede di controllo di costituzionalità per omissione. Ma quando distrugge concretizzazioni anteriori scaturite dall'attuazione dei doveri inderogabili, colpisce la garanzia di un diritto fondamentale e perciò la censura sarà a livello dell'azione diretta di incostituzionalità. Se la Costituzione impone allo Stato la realizzazione di un determinato compito- la creazione di una certa istituzione, una determinata modifica dell'ordinamento giuridico- se correttamente realizzata avrà come effetto la protezione diretta della Costituzione. Lo Stato non può tornare sui suoi passi, non può non adempiere a un dovere già compiuto, non può diventare nuovamente debitore. Se lo facesse incorrerebbe in una violazione positiva della Costituzione*».

No que diz respeito aos direitos sociais, a visão baseada no princípio da proibição do retrocesso consiste em acreditar que o Estado tem o dever de criar instituições públicas e implementar políticas sociais destinadas a produzir uma evolução dos serviços e direitos sociais. Na fase seguinte à criação de instituições e implementação destes direitos, a Constituição passa a proteger a sua existência, proibindo a sua abolição ou redução.

O princípio da proibição da regressão funcionaria assim como uma espécie de “guarda de flanco” que na doutrina francesa é definida como *effet cliquet* – que garante o mesmo nível de concretização já obtido. Este conceito traduz em termos exatos a ideia de “caminhar sempre em frente” (QUEIROZ, 2006. p.105).

É importante notar que este princípio não se baseia em dogmas doutrinários abstratos, mas encontra reconhecimento efetivo no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (IDPIDEC) de 1966, do qual o Brasil, a Itália e a maioria dos países latino-americanos e da União Europeia são signatários. O documento em questão afirma que cada um dos Estados aderentes deverá assegurar o pleno exercício dos direitos nele previstos, de forma progressiva, com o máximo de recursos à sua disposição. A consequência de tudo isto não é apenas a retroalimentação dos direitos sociais que possam ter sido alcançados, mas também a proibição de mudanças que levem à redução ou supressão dos direitos sociais já alcançados¹⁸.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exegese do texto constitucional, realizada com ponderação e razoabilidade, caso a caso, autoriza um princípio a prevalecer sobre outro, sem que este último deva ser anulado, desde que respeitado o seu mínimo existencial.

As mudanças constitucionais são mudanças no sentido da Constituição sem a alteração de seus signos, sem a necessidade de observar os requisitos formais e os limites previstos, portanto, em tese, sem a participação popular, que se materializa pela atribuição de novos significados aos seus preceitos e conteúdos não contemplados anteriormente e que, por

¹⁸ «Art. 2. 1. Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna ad operare, sia individualmente sia attraverso l'assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente nel campo economico e tecnico, con il massimo delle risorse di cui dispone, al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente Patto.»
<https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19660259/201503130000/0.103.1.pdf>.

isso, representa uma forma de mutação informal derivada da evolução ou involução dos valores éticos, econômicos e políticos da sociedade.

A impossibilidade de estabelecer limites às mudanças constitucionais em virtude do fato deste processo constitucional ser informal e espontâneo parece evidente. O único limite implícito existente é a consciência do intérprete de não poder violar os preceitos supremos do Estado com interpretações desviantes dos princípios fundamentais da Constituição, cuja violação significaria a ruptura da norma jurídica fundamental que está na base da Constituição. o Estado.

Quando o intérprete do texto constitucional ignora a norma jurídica fundamental e passa a desconsiderar os direitos mais importantes, ocorre a hipótese de manipulação constitucional. A manipulação inconstitucional é o descumprimento das normas constitucionais, que são utilizadas para apoiar de forma imprudente interesses contrários aos que estão na base do Estado, nomeadamente do Estado-Providência. O intérprete, ao invés de servir à Constituição, serve-a usando artimanhas em fraude à Carta Magna.

Deve-se notar que qualquer modificação no texto constitucional não pode ignorar o princípio da proibição de retrocesso. Este último poderia ser resumido como um núcleo essencial de direitos já concretizados e efetivados por meio de instrumentos legislativos deve ser garantido constitucionalmente e, portanto, todas as ações do Estado que, sem prever meios alternativos ou compensatórios, podem anular, revogar são inconstitucionais. ou extinguir este núcleo essencial.

É importante notar que este princípio não se baseia em dogmas doutrinários abstratos, mas encontra reconhecimento efetivo no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (IDPSC) de 1966, do qual o Brasil, a Itália e a maioria dos países da América Latina e a União Europeia são signatárias.

REFERÊNCIAS

ACHERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes** (La nuova divisione dei poteri). Messico: Fundo de Cultura Económica, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** (Teoria dei diritti fondamentali). São Paulo. Ed. Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Ed. Saraiva. 5ª ed. São Paulo. 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. Editora Saraiva. São Paulo. 1997.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. 2010. Ed. Saraiva. São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Legge e teoria costituzionale della Costituzione**. 2 ° ed. Coimbra. Ed. Almedina, 1.998.

FERRARA, Franco Batistoni; BELLÉ, Brunella. **Corso di Diritto Finanziario**. Padova: Cedam, 2005

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Ed. Civitas. Madrid. 1983.

MENDES, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORRONE, Andrea. **Il bilanciamento nello stato costituzionale**. Teoria e prassi delle tecniche di giuridizio nei confliti tra diritti e interessi costituzionali. G. Giappichelli Editore. Torino. 2014.

PÁDUA, Antonio Carlos Torres de Siqueira de Maia e. **A mutação constitucional e a coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade: análise de um fragmento da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal**. 2006. 159 f. Dissertação Mestrado em Direito- Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. In: Colóquio internacional sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Publicado pelo Senado Federal do Brasil. Brasília. 2012.

PUZZO, Fernando. **Diritti sociali e crisi economica problemi e prospettive**. A cura di GAMBINO, Silvio. G. Giappichelli Editore. 2015. Disponível em <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://scienzepolitiche.unicat.it/bacheca/archivio/materiale/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/5.GAMBINO%20(23%20pgg.).pdf> Acesso em 20 Mar. 2016.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE PORTUGHESA, vol. 3/95-131, 117-118, Imprensa Nacional, Lisboa. Disponível sul sito web:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>

Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA

Vol. 8. Nº 3, Jul – Dez /2023.

ISSN: 2675-5394

Artigo Científico

SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALAIANA. Sentenza n. 80 del 26.02.2010. Sentenza n. 90 del 09.03.1992. Sentenza n. 440 del 09.12.1991. Sentenza n. 85 del 09.04.2013. Sentenza n. 37 del 31.01.1991 Sentenza n.455 del 16.10.1990. Sentenza n. 309 del 07.07.1999. Sentenza n. 248 del 2016.10.2011. Sentenza n. 252 del 05.07.2001. Sentenza n. 180 del 09.05.1994. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do>. Acesso em 18 Fev. 2017.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- STF. **ADPF 45 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 19 Mar. 2016

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais. Orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Biblioteca virtuale del centro di studi giuridici del procuratore generale dello stato di São Paulo. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>

Data de submissão: 10 ago. 2023.

Data de aprovação: 24 out. 2023.