



Cuestiones constitucionales

ISSN: 1405-9193

ISSN: 2448-4881

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Oliveira, João Paulino de
Revisión constitucional y garantía de la Constitución en Brasil
Cuestiones constitucionales, núm. 41, 2019, Julio-Diciembre, pp. 579-604
Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2019.41.13960>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88571677021>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Revisión constitucional y garantía de la Constitución en Brasil

João Paulino de OLIVEIRA NETO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado democrático de derecho y la Constitución de 1988 como Constitución dirigente*. III. *Derechos fundamentales y los derechos fundamentales sociales en la Constitución de 1988*. IV. *Control de constitucionalidad, revisión constitucional y garantía de la Constitución: consideraciones a la Enmienda Constitucional 95/16*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

El escenario económico internacional es caótico desde 2008, el cual gran parte de los economistas consideran es una de las peores crisis de la historia del capitalismo occidental, superando incluso el propio crack de 1929. Brasil, así como muchos otros países, sufren internamente con la crisis producida allá afuera; sin embargo, tiene como agravante el caos político e institucional, lo que hace posible la profundización de la crisis económica sin lograr un proyecto de salvación de la economía.

En cuanto al mercado interno, tenemos los precios de las *commodities*, los productos que garantizaban una cierta estabilidad económica, habiendo, al mismo tiempo, los escándalos de corrupción que también acaban

* Universidade Cândido Mendes, Brasil. Abogado. Estudiante del posgrado *lato sensu* en derecho electoral; joao.paulino28@gmail.com.

influyendo en la economía y en su desaceleración (casi estancamiento). Por consiguiente, hay elevadas tasas de desempleo, al lado de un crecimiento anual que no alcanza el 3%. Y como cereza de la torta, tenemos la más alta tasa de interés del mundo y galopantes intereses de la deuda pública que abocan gran parte de nuestro PIB anualmente. Nunca tan válida fue la afirmación de que Brasil no es para principiantes.

Este escenario catastrófico es el telón de fondo para las luchas políticas e institucionales en nuestra República, mientras no logremos encontrar salidas que permitan el estancamiento de la sangría de la crisis económica y consiga salvar los empleos de los trabajadores. En verdad, una de las alternativas que surgió en ese escenario, para ser la “salvadora de la patria”, es la medida propuesta por el gobierno encabezado por el actual presidente Michel Temer (que llega al poder, de manera al menos dudosa, tras un proceso de *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff), que fue una propuesta de enmienda a la Constitución que planteaba el establecimiento de límites a los gastos primarios no financieros de la unión por los próximos 20 ejercicios financieros, y recomendaba lo mismo para las aplicaciones referentes a la salud y educación, la cual fue aprobada y pasó a ser EC (enmienda constitucional) 95/2016.¹

A pesar de instigador, este trabajo no tiene como objetivo la discusión de los aspectos económicos referentes a la EC y sus consecuencias efectivas en el plano macroeconómico como tal medida se propone. La discusión se limitará a los aspectos constitucionales referentes al artículo 110 e incisos insertados por la EC 95 en el ADCT, o sea, buscará analizar la armonización entre el dispositivo, obra del Constituyente ordinario que versa sobre los derechos sociales a la salud y a la educación, y el núcleo esencial de nuestra Constitución federal.

En esa empresa, se discurre específicamente cómo se formula el Estado democrático de derecho imaginado por nuestra Constitución, y aclara cómo sigue siendo válida la tesis del dirigismo constitucional para la realidad del capitalismo periférico, como es el caso brasileño. Además, se trata, en breves líneas, acerca de la fundamentabilidad de los derechos sociales y su protección por el artículo 60, §4o., IV de la Constitución federal. Por último, se hará el análisis del dispositivo arriba mencionado y se buscará demostrar si hay adecuación (o no) al núcleo normativo esencial de la Constitución,

¹ Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emp95.htm.

de manera que se discuta cómo la revisión constitucional se limita por la garantía de la Constitución.

Para alcanzar los objetivos de este ensayo, se buscó, junto a la doctrina jurídica nacional e internacional, en libros y en artículos disponibles en medios digitales o físicos, así como en textos que se proponen hacer una interpretación de Brasil y de su historia, las condiciones para la formulación del marco teórico que sustenta la investigación y la construcción de los resultados que serán presentados, valiéndose, por tanto, del método bibliográfico. Cabe destacar que es fundamental para el pleno desarrollo de la investigación el respaldo teórico acerca de cómo se construyó el Estado brasileño, para tener claridad sobre qué construcciones teóricas jurídicas podemos afrontar para atender a las necesidades que son intrínsecas a nuestra compleja y singular realidad socio-histórico-político.

II. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1988 COMO CONSTITUCIÓN DIRIGENTE

Es necesario, incluso para comprenderlas mejor, que se discuta, aunque brevemente, sobre el contexto socio-histórico-político en que se desarrollan, o como prefiere Streck, la tradición en la que se asientan y desarrollan ambos (derechos fundamentales y control de constitucionalidad), es decir, trazar líneas sobre el Estado democrático de derecho, su sentido e incluso sobre la propia historia.²

Se vuelve imprescindible para la debida comprensión de la construcción del Estado democrático atender a la evolución de lo que sea el propio Estado. Éste, después, especialmente de la Revolución francesa, gana las características de lo que podemos llamar el Estado liberal de derecho y que pasa a imponer a los poderes estatales, límites para su acción, esencialmente extraño a las intervenciones, de manera que se garantice el libre desarrollo del individuo.

Por otro lado, en cierto momento de la historia, cuando la clase otrora dominada asciende a la dominante (se dice, la burguesía que formaba el tercer Estado en Francia), las circunstancias y las necesidades de la nueva clase dominada empiezan a imponerse y a exigir los cambios significativos

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

en el Estado, demandando que pase a garantizar, a actuar efectivamente para alterar las condiciones materiales y posibilitar la igualdad de oportunidades, configurando lo que se puede llamar “Estado social de derecho”, que culmina, por ejemplo, en las Constituciones mexicana de 1917 y de la República de Weimar de 1919, que traen importante contenido social.³

En la estera de los acontecimientos producidos por regímenes totalitarios, como el nazismo, que, con sus leyes antisemitas, con campos de concentración y, principalmente, con la “solución final”, posibilitaron la institución del terror, del genocidio y de las más abominables prácticas como política de Estado, surge en Europa un nuevo movimiento que termina por culminar en la construcción de Constituciones que poseen fuerza normativa y traen incorporados en sus textos, como disposición intangible, el respeto por la dignidad humana y la instauración de un Estado democrático de derecho, por ejemplo la Constitución de la Quinta República Francesa, la *Constituzione della Repubblica Italiana* y la *Grundgesetz* (Ley Fundamental Alemana).

Por su parte, es indispensable discutir cómo el mismo proceso que en Europa lleva a un nuevo movimiento constitucionalista atrae en tierras brasileñas. En primer lugar, es de destacar que Brasil (así como América Latina) pasó por un deletéreo proceso de colonización exploratoria, lo que impuso dificultades en lo que se refiere a la acumulación, circulación y distribución del capital, habiendo sumado a ello la formación del Estado brasileño, sostenido en acuerdos y dominaciones de las clases dominantes formándose u patrimonialismo-estamental⁴ que muestra su cara hasta hoy. Por otro lado, el país no posee una historia que bien conviva con la democracia, demostrando, en su historia reciente, su cariz autoritario a lo largo de 21 años de régimen militar a partir de 1964. Como resultado de esos diversos hechos, la consecuencia inevitable es el no cumplimiento de las promesas de la modernidad, legando al pueblo brasileño el estancamiento, retroceso y la abysal desigualdad social.⁵

En este complejo contexto socio-histórico-político-económico, cargando aún la responsabilidad de dar fin al régimen dictatorial, se promulga la

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

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

⁵ Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988. Nuestra carta política sigue lo que se había propuesto en las Constituciones europeas, portuguesa y española: el establecimiento de un Estado democrático de derecho con un amplio catálogo de derechos fundamentales.

De este nuevo escenario, en el que tenemos una Constitución con fuerza normativa, el pluralismo político, la garantía de los derechos fundamentales y un programa político de desarrollo social como núcleo del programa constitucional, con Streck y Bolzan, podemos aducir que “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”.⁶

De esta manera, se trata de validar el ideal del Estado social posibilitando una igualdad material, con el fin de colmar las lagunas de la desigualdad, sin a su vez dejar de lado las garantías individuales de cara a un régimen democrático. En este sentido, significa que: “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 este modo, la idea democrática surgida de la segunda posguerra y post-dictadura tiene un cariz sustancial, que coloca como horizonte la utopía de la transformación de la realidad en la que se inserta el texto constitucional. Es, pues, garantizar sustancialmente las libertades y no meramente en un aspecto formalmente considerado. En esta empresa, junto a Streck y Bolzan, podemos afirmar, como principio del Estado democrático de derecho, la vinculación a una Constitución, organización democrática de la sociedad, sistema de derechos fundamentales individuales y colectivos, justicia social, igualdad, separación de las funciones del Estado, legalidad, seguridad y seguridad jurídica.⁸

Como se percibe, no se trata sólo de alteraciones “ornamentales”, sino de cambiar el propio paradigma a partir del cual se piensa sobre Estado y derecho, y también la política, que como se desprende del propio texto constitucional,⁹ existe en su núcleo un programa político que nos coloca en

⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁷ Bonavides, *op. cit.*, p. 204.

⁸ Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

⁹ Véase los artículos 1o. y 3o. de la Constitución 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; II - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”; “Art. 3o. Constituem

el camino hacia una sociedad bien diferente de la que tenemos, pues como afirman Streck y 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 ese desiderato”.¹⁰

En este aspecto, es importante resaltar (y aclarar) la afirmación de que la carta de octubre es un texto comprometedor y dirigente, dando relieve una vez más a la dimensión política que nuestro texto fundamental posee, de manera que eso implica directamente no sólo exigencias al legislador, sino a la propia sociedad.

La tesis del dirigismo constitucional tiene su primera elaboración, se puede decir, con el alemán Peter Lerche, pero en territorio brasileño se había extendido a partir del trabajo del constitucionalista portugués José Joaquim Gomes Canotilho. La tesis del eminentе pensador lusitano, que en cierta medida es la ampliación del proyecto esbozado por Lerche, trata de concebir a la Constitución en su conjunto como dirigente, y vinculando, por lo tanto, en gran medida, al legislador, y estableciendo acciones positivas por parte del Estado.

No obstante, con el crecimiento del neoliberalismo y el crecimiento de movimientos desreguladores, diversos autores demarcan posicionamientos de crítica al dirigismo constitucional; incluso, el propio Canotilho, que hace una revisión de su tesis, ya vista, entiende que hay demasiada intervención y sustitución de la política por el derecho. En ese mismo contexto, sobre-sale no sólo la crítica (y crisis) de la Constitución dirigente, sino también la crisis de la propia Constitución y del Estado, implicando, por lo tanto, que es necesario comprender la Constitución y el Estado no aisladamente, sino relacionados entre sí y con la propia sociedad.¹¹

En este sentido, para superar estas crisis es necesario una comprensión que vislumbre la relación necesaria entre Estado y Constitución junto con la propia sociedad, principalmente por el hecho de que es imprescindible que la Constitución esté orientada hacia la realidad en la que está inserta.

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; I - 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 Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *op. cit.*, p. 105.

¹¹ Bercovici, Gilberto, “La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution”, *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romania, v. 20, 2011, pp. 1-33, disponible en: http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf (consultado el 06 de diciembre de 2016).

Exactamente por eso, la ley fundamental brasileña de 1988 demuestra su carácter dirigente y vinculante, cuando nos encontramos con la realidad nacional, en que los compromisos del desarrollo producidos por la modernidad no se cumplieron debido a factores propios de nuestra realidad. De este modo, es fundamental no una teoría general de la Constitución y del Estado, sino una teoría de la Constitución y del Estado compatibles con sus realidades. Como señalan Streck y 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 constitucionalismos”.¹²

En ese mismo aspecto, el debate acerca del dirigismo constitucional y de su normatividad gana refuerzo cuando retomamos el pensamiento del eminent jurista alemán Konrad Hesse, al elaborar una importante crítica sobre la dicotomía establecida por Ferdinand Lassale, quien afirmaba la existencia de dos Constituciones, una real y otra jurídica, que resultaría de las relaciones fácticas establecidas en la sociedad, y ésta sería mera hoja de papel. En el sentido de superar tal dicotomía, Hesse diserta sobre la normatividad del texto constitucional, proponiendo una nueva relación entre la “Constitución real” y la “Constitución jurídica”, aspecto que da enorme contribución a la discusión sobre el dirigismo constitucional.

Para la empresa de ir más allá de la dicotomía propuesta por Lassale, Hesse propone que la Constitución real y la jurídica no estén escindidas, sino al contrario, establecen una relación necesaria entre sí, por lo que analizar aisladamente aquélla implicaría estar a merced de las relaciones sociales sin criterio normativo alguno, vaciando las posibilidades del texto constitucional; por otro lado, tener en cuenta sólo la jurídica es retirar de la ley fundamental sus posibilidades ante la realidad. Es pertinente, por lo tanto, traer a colación las palabras del propio 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 formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.¹³

¹² Streck, Lenio Luiz y Bolzan de Moraes, Jose Luiz, *op. cit.*, p. 109.

¹³ Hesse, Konrad, *A força normativa da constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 14 y 15.

Es de fundamental importancia el magisterio del noble jurista germánico, cuando lo pensamos junto con la propuesta de la Constitución dirigente. Al encontrarnos con la realidad en la que estamos insertos, en que las desigualdades son prominentes y con una historia que se repite al pasar de los años, y, por otro lado, analizamos nuestro texto magno de 1988, se hace evidente, que “Elle se a la que se refiere a la lealtad, a la lealtad, a la laquelle elle appartient, sa dimension historique et sa pretention de circum”. En vista de lo ya expuesto, es fundamental la afirmación de la fuerza normativa del texto constitucional brasileño y su carácter 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”.¹⁴

En este punto, hay que aclarar que la tesis de la Constitución dirigente no se presta a la idea equivocada de sustitución de la política por el derecho, de sustituir al legislador por el magistrado. La propuesta en verdad trata de dar direccionamientos a la política para la consagración de una sociedad justa y solidaria, como aspiraciones ratificadas en el pacto firmado en el momento constituyente y más allá de este momento mismo. En estos términos, se trata de afirmar que “La Constitution Dirigeante cherche rationaliser la politique, incorporant une dimension matérielle qui la légitime, au moment où elle établit un fondement constitutionnel à la politique”.

En una última palabra sobre esta materia, es sobre todo conveniente la lección del eminentе constitutionalista brasileño Lênio Streck, quien sentencia que

A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofo em que convergem a dimensão democrática (formação da

¹⁴ Bercovici, Gilberto, “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, pp. 35-51, abril de 1999, pp. 36, disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474> (consultado el 7 de diciembre de 2016).

En lo que dice respecto a las normas programáticas, es posible decir, resumidamente, que ellas son “...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, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 114. Estas normas son “um programa político incorporado ao ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, dotado de eficácia prevalecente em relação às normas legais ordinárias”. Crisafulli, 1952, p. 104, citado en Barroso, Luís Roberto, *O controle..., cit.*, p.115.

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 isoladamente.¹⁵

De esta manera, quedan inofensivas las críticas que afirman que la idea de dirigismo constitucional pretende ocupar el lugar de la política. En verdad, se trata justamente de lo contrario, pues no hay posibilidad de efectividad del programa constitucional sin la política, importando que haya una convergencia y todas las funciones estén interconectadas. En estos términos, quiere afirmarse una cierta pretensión 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”, quedando claro, por lo tanto, que política, Constitución y sociedad se interconectan fundamentalmente.

En el caso de Brasil, se puede pasar a la discusión acerca de los derechos fundamentales, especialmente los sociales, ya que son la expresión de lo que es el Estado democrático de derecho, y la importancia del dirigismo constitucional para países del capitalismo periférico, en el caso de Brasil, materia prima para el desarrollo de este ensayo.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

En ese contexto, en que se tiene un cambio paradigmático de saludable relevancia en lo que se refiere a la comprensión acerca del Estado, el derecho y la política, después del periodo de la segunda posguerra, encontramos en la discusión sobre derechos fundamentales el *locus* para rediscutir incluso la propia democracia, tan cara a ese nuevo modelo que se propone todavía transformar la realidad en la que está inserto, como ya se ha dicho, con especial importancia para países de la periferia del capitalismo que aún no alcanzan niveles razonables de condiciones mínimas de supervivencia con dignidad, debido a largos y penosos procesos que la propia historia demuestra.

¹⁵ Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

No se diferencia de ese cuadro Brasil, que se ha construido en bases autoritarias y de permanente estrechamiento del espacio público de discusiones, habiendo, a veces (por no decir siempre), la confusión entre lo público y lo privado, en que ni siquiera la idea misma de República logró obtener éxito en su intento. De esta forma, la idea de Constitución pasa a tener un vínculo necesario con la idea de derechos fundamentales, importando, a su vez, un significativo vínculo con la propia democracia.

De este modo, se vuelve intangible tratar de los derechos fundamentales, ya que son la materia prima normativa que asegura el sustento para el desarrollo de la idea en la que se funda no sólo este ensayo, sino toda una tradición que se propone construir y dar efectividad al que consagra el texto fundamental de nuestra República. En este sentido, traer a colación la magistral lección de Lenio Streck es de gran relieve:

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-mundo.¹⁶

Siendo así, significa decir que la relación entre derechos fundamentales y democracia condiciona el propio actuar del Estado (y también de los particulares) limitándolo y presentando las premisas de donde se debe partir; por lo tanto, dirige los pasos hacia el futuro, pero sin olvidar el pasado como forma de no permitir que de nuevo se convierta en el presente.

Dicho esto, es saludable que tengamos presente la idea de que los derechos fundamentales crean y mantienen las condiciones básicas, elementales para una vida en libertad, y que tengan respeto a las propias condiciones de dignidad humana, siendo a su vez, en sentido más estricto, aquellos derechos que el propio ordenamiento jurídico vigente incorpora y califica como tales, es decir, fundamentales.¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, p. 125.

¹⁷ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 30a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

En este sentido, es interesante notar que es posible percibir un aspecto que toma en consideración los derechos fundamentales en una dimensión formal, o sea, si se consideran fundamentales aquellos derechos que así se designan por la propia Constitución y aquellos derechos que reciben de la Constitución un grado elevado de garantía o seguridad en lo que se refiere a su inmutabilidad o dificultad de modificación.¹⁸

Por su parte, es notable (y necesaria) la existencia de una visión material acerca de los derechos fundamentales, dando por lo tanto contenido a tales derechos. En este sentido, es importante el magisterio del ilustre constitucionalista brasileño Paulo Bonavides, que trae la lección del pensamiento germánico schmittiano aduciendo 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”.¹⁹

En este sentido, es evidente que tales derechos (así como ya se ha hablado anteriormente acerca de la propia Constitución) no pueden ser vistos de manera desvinculada de su realidad, así como no pueden ser considerados desde el punto de vista meramente jurídico; es decir, desde el punto de vista exclusivamente normativo, por su estatus constitucional. Es de relevante importancia comprender los derechos fundamentales en la perspectiva que los concibe a partir de su contenido histórico y demarcador de un proceso civilizatorio, es decir, que los analice dentro de la propia historia y de su devenir, garantizándolos más allá del propio orden jurídico, pero también como instrumento de transformación de determinada realidad, importando de esa forma su contenido histórico y civilizatorio. Esto puede ser ratificado a partir de las pertinentes palabras de Georges Abboud:

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.²⁰

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibidem*, p. 575.

²⁰ Abboud, Georges, “O processo civilizador e os direitos fundamentais”, *História e Cultura*, Franca, v. 4, n. 3, diciembre de 2015, pp. 140-155.

Dicho esto, delineamos la importancia de los derechos fundamentales en el contexto histórico contemporáneo en que nos encontramos; además de lo formalmente presente en los textos, se trata de elementos sustantivos de las Constituciones y, principalmente, en relación con las acciones del Estado, de manera que pasamos a observar los derechos fundamentales sociales en la Constitución brasileña como característica inherente a la identidad de una Constitución dirigente en la periferia del capitalismo.

Derechos fundamentales sociales en la Constitución de 1988

Como ya se ha señalado anteriormente, los momentos históricos influyen directamente en la construcción de las Constituciones y los valores que en ellas serán consagrados como fundamentales. A partir de esto y teniendo en cuenta las muchas áreas que nuestro texto magno tiene como objetivo dar cabida, tener un interminable catálogo de derechos fundamentales, sigue siendo claramente la opción del Constituyente por un procedimiento de prueba, siguiendo las pistas similares del legislador portugués originalmente, por ejemplo. Es completamente comprensible esta opción, puesto que nuestra Constitución se construye poco después de un largo periodo dictatorial. En las palabras de Ingo Sarlet, “...o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infra-constitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”.²¹

En ese aspecto, es decir, no se trata de una salvaguardia sólo en relación a los “derechos de defensa” (es decir, los de primera dimensión), sino también a los derechos sociales. Se puede afirmar que se trata de una doble salvaguardia: por un lado, se busca no permitir que suprima lo que ya se ha conquistado (aspecto que será mejor discutido posteriormente) y, también, por otro lado, se tiende a una exigencia de permanente búsqueda para garantizar una plena efectividad de tales derechos.

Es de elogiar a nuestro Constituyente por la sensibilidad de percibir nuestras condiciones socio-históricas-económicas que relegan a la mayor

²¹ Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral do dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 66.

parte del pueblo brasileño a condiciones subhumanas y alzar al plano de norma constitucional fundamental, derechos que posibiliten una igualdad más allá de la mera formalidad. Esto se evidencia al percibir que nuestra Constitución, en diversas partes de su texto, demuestra su preocupación por la dimensión social, al establecer expresamente dispositivos dirigidos para ello, como el artículo 60., el título VIII, en el propio artículo 170 y en innumerables otros. Siendo así, pasamos a una discusión acerca de los derechos fundamentales sociales.

Estos derechos de segunda dimensión, también entendidos como derechos a la prestación, nacieron históricamente, principalmente, a partir del momento en que el modelo liberal del Estado de derecho empezó a colapsar debido al descompacto producido por la mera dimensión formal de la idea de igualdad. Para responder a estos anhelos, se pasó a garantizar derechos que exigen al Estado una prestación, permitiendo así la idea de una igualdad material. De ese modo, “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.²²

Ante la acumulación entre las dimensiones, tales derechos permanecen, así, presentes en el núcleo esencial de las modernas Constituciones, a pesar de que sea posible afirmar el hecho de que poseen un carácter emancipatorio cuando se colocan frente a las realidades como la brasileña y teniendo sus contenidos ampliados por la propia idea de democracia. En esa misma línea, es de gran relieve, por lo tanto, el magisterio del profesor Paulo Bonavides, al 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 geração.²³

Aquí ya se esboza una respuesta a las críticas que aducen el carácter no fundamental de los derechos sociales, partiendo de una interpretación reduccionista del espectro de protección dada por el Constituyente a esos derechos, sostenida por un ideario liberal de que no hay que concebir ta-

²² *Ibidem*, p. 47.

²³ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 581.

les derechos como fundamentales, en vista de que no se trata de derechos de defensa, es decir, que garanticen la libertad; en verdad, presuponen la igualdad en su dimensión meramente formal.

Tal crítica, en nuestro modo de ver, está vacía por no tener en cuenta que al lado de derechos a prestaciones en sentido estricto, existen el “hacer” estatal, encontramos, por lo tanto, derechos sociales, que exigen justamente lo contrario, buscando garantizar las libertades sociales; como ejemplo podemos citar la libertad de asociación sindical, derecho de huelga, entre otros, que se encuentran en el espectro de derechos sociales, pero poseen la típica tipología de derechos de defensa.

En cuanto a los argumentos que pretenden “desclasificar” los derechos sociales como derechos fundamentales, es saludable decir que el propio texto magno no esboza ninguna distinción entre derechos fundamentales de índole individual y los de índole social. Para ello basta ver que el propio texto constitucional prevé elementos que apuntan a la efectividad de tales derechos, como la acción directa de inconstitucionalidad por omisión y el mandamiento de orden. Se desprende lo mismo al analizar el artículo 1o. del artículo 5o. de nuestra Constitución, que afirma la aplicabilidad inmediata de las normas de derechos fundamentales; así, hay clara armonía con la concepción de fundamentabilidad de los derechos sociales y nuestro ordenamiento constitucional, a partir de la apertura material producida por el § 2o. del artículo 5o.²⁴

Por su parte, es fundamental que podamos desarrollar la idea de que tales derechos son, desde el punto de vista de las condiciones materiales, fácticas, presupuestados para el propio ejercicio de la libertad. Como nos dice 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 converteria numa ficção, conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração.²⁵

²⁴ Cf. Sarlet, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

²⁵ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, *cit.* p. 582.

Es todavía saludable decir que no hay como buscar la retirada del carácter fundamental de los derechos sociales, pues sería retirar el alma de la concepción de Estado consagrado por nuestra Constitución. El principio del Estado social y los derechos fundamentales sociales son características elementales de la propia naturaleza del texto magno, es decir, corresponden a dimensiones que forman la propia identidad constitucional.

En verdad, al garantizar la fundamentabilidad (y por corolario, la normatividad) de los derechos sociales, dando lugar a un plan de su efectividad, se trata de garantizar la propia condición de ejercicio de la ciudadanía y garantizar el propio Estado de derecho (que como bien subraya Paulo Bonavides, en países periféricos sólo han estado al servicio del Estado social); es superar el modelo social vigente de subintegración y sobreintegración²⁶ en el que sólo una parte de la población goza de los beneficios del Estado constitucional. De esa forma, “...en la medida en que se reduce la eficacia jurídico-normativa de las declaraciones constitucionales de derechos, se fortifica su función simbólica”.²⁷ Función simbólica que cumple el objetivo de mantener un *statu quo* que imposibilita el carácter transformador inmanente de un Estado democrático.

De lo que se esbozó se llega a la inevitable conclusión de que no sólo los derechos fundamentales de defensa, sino también los de naturaleza prestacional, o sea, los sociales, se traducen en verdaderos parámetros de evaluación de la constitucionalidad de las normas, tanto infraconstitucionales como normas que visen la enmienda a la Constitución, siendo esta dimensión de mucha utilidad para la discusión del presente ensayo.

Se pasa ahora el análisis del control de constitucionalidad de las normas en el ordenamiento patrio, a partir de los derechos fundamentales, y cómo se armoniza (o no) con éstos la enmienda a la Constitución número 95, que durante su trámite se conoció como PEC del Techo de los Gastos Públicos que establecen un nuevo régimen fiscal. Son objeto en la delimitación de este análisis las disposiciones concernientes a los servicios de salud y educación, habida cuenta de ser eminentes derechos sociales en los términos ya esbozados a lo largo de este trabajo.

²⁶ Para una mejor comprensión sobre el tema, *cfr.* Neves, Marcelo, “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente”, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, 1994, pp. 253-277.

²⁷ *Ibidem*, p. 267.

IV. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, REVISIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN: CONSIDERACIONES A LA ENMIENDA CONSTITUCIONAL 95/16

Cuando hablamos de control de constitucionalidad importa ante todo resaltar que la Constitución se encuentra en la cumbre de la estructura normativa constituida y que es parámetro de validez para las demás leyes. En la contemporaneidad, el Estado es Estado constitucional, alzando como principio rector el principio de la supremacía de la Constitución, estando las demás leyes a disposición para apreciar su armonía con el texto constitucional. Lección esta que podemos encontrar ya en los artículos de *El federalista*, los cuales ya decían que “...ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”,²⁸ dado que “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”.²⁹

También adviene del pensamiento jurídico norteamericano el desarrollo de la tesis de la revisión judicial, a partir del paradigmático caso de *Marbury v. Madison* (que desafortunadamente no se podrá analizar aquí) que legó para todo el pensamiento constitucional occidental una de sus principales innovaciones, originando también una de las modalidades de control de constitucionalidad, sea cual sea el control difuso,³⁰ que encuentra junto con el control concentrado³¹ espacio en el modelo brasileño, siendo reservado al Supremo Tribunal Federal (STF) la competencia para ejercer el concentrado.

La inconstitucionalidad del acto normativo puede ser formal, es decir, por vicios que se refieran a la “dinámica” (de ahí ser llamada también in-

²⁸ Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 332. “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido” (tradução propria).

²⁹ *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 proíbem”.

³⁰ “Diz-se que é controle *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, consequentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”. Barroso, Luís Roberto, *O controle...*, *cit.*, p. 69.

³¹ “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” (*ibidem*, p. 70).

constitucionalidad nomodinámica), al procedimiento a seguir en el proceso de elaboración del acto normativo.³² Puede ser por vicio material (o inconstitucionalidad nomoestática) correspondiendo a una contradicción entre el contenido del acto normativo y el contenido de la propia Constitución.

Los límites materiales se afirman, principalmente, para garantizar la identidad constitucional y el propio proyecto que en ella encuentra refugio. De ahí la importancia que tienen los derechos fundamentales justamente para averiguar la compatibilidad del acto normativo y la Constitución, a partir de los límites explícitos y de los implícitos, éstos que “...decorrem do núcleo político da Constituição, das conexões de sentido da Constituição entendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito”³³.

Por su parte, si hay imposibilidad de que la ley infraconstitucional esté en desacuerdo con la Constitución, evidentemente lo mismo ocurre con propuestas de enmienda a la Constitución, que incluso encuentran límites materiales expresados en el propio texto constitucional en el artículo 60, §4o. y sus incisos.³⁴ En ese sentido, es sobre todo relevante traer al respecto la lección del maestro gaúcho Ingo Sarlet, quien discurriendo sobre la materia nos trae la importante afirmación 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 alteração.³⁵

La preocupación del Constituyente de establecer las llamadas “cláusulas pétreas” no es injustificada. Mirando el futuro, con los ojos en la propia historia, es evidente que el legislador originario se preocupó de que el nue-

³² Por ejemplo, la Ley suplemento que sea aprobada por mayoría simple, en la inconstitucionalidad existente, por no cumplir el mandato del artículo 69 de la Constitución Federal.

³³ Streck, *Jurisdição Constitucional...*, *cit.*, pp. 819 y 820.

³⁴ “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”. Constitución Federal de 1988.

³⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, pp. 430 y 431.

vo pacto social, firmado después del largo periodo dictatorial, y principalmente el propio esqueleto que sostiene el cuerpo estatal, pudiera sufrir con intentos de alteración su aniquilación y junto con ellos las posibilidades de una sociedad democrática. Por lo tanto, no sorprendente la presencia de los derechos y garantías individuales en este rol. Sin embargo, hay cuestionamientos de si a pesar de no estar expresamente presentes en ese dispositivo, los derechos sociales se encuentran albergados en el mismo, temática que pasamos a discutir.

La necesidad de afirmar y garantizar que los derechos sociales están protegidos por el numeral IV del §40. del artículo 60 de la Constitución, frente a los críticos que aseveran lo contrario, nos apunta ante todo a una crisis paradigmática y a la no recepción, por gran parte de los juristas, de los cambios traídos por el constitucionalismo de la segunda posguerra. Tal necesidad es reflejo de lo que Luís Alberto Warat llamó el sentido común teórico de los juristas, siendo esto el lugar común de donde los juristas parten; se puede decir que es la fuente ideológica de sus interpretaciones. Al fin y al cabo cumple la función de asegurar el mantenimiento de las relaciones de poder que se establecen.³⁶

Por lo tanto, a partir del paradigma liberal-individualista que está en el corazón de tal sentido común teórico, queda imposibilitada la protección a los derechos sociales a la supresión a través de una enmienda constitucional, en vista de que su interpretación (y modo de pensar) reduccionista no se abre a la interpretación de nuestra realidad junto con la Constitución, posibilitando así un “ir más allá” que haga visible y dé efectividad a la garantía de los derechos fundamentales sociales, tal como los derechos y garantías individuales. Después de todo, “o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício”.³⁷

De ese punto nacen las inconsistencias del discurso de los defensores de la interpretación restrictiva del dispositivo constitucional. A pesar de que algunos derechos sociales implican un actuar del Estado, ellos encuentran como objetivo la garantía de la libertad y tienen como titular al propio individuo, o sea, se trata de construir las condiciones fácticas de ejercicio que son necesarias para que el individuo pueda desarrollarse en la propia comunidad en la que está inserto; retirar la posibilidad de esa construcción,

³⁶ Cfr. Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

³⁷ Véase Alexy, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2a. ed., trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 439, nota 27.

en la periferia del capitalismo, es, a su vez, retirar de las propias condiciones de dignidad del hombre.

Al señalar expresamente la opción por un Estado democrático de derecho, el texto constitucional trae juntamente toda la tradición que fundamenta esa construcción, importando vincular y dar fuerza normativa a tales contenidos basilares, entre ellos está la de que vinculado al Estado democrático, el principio de la dignidad de la persona humana exige del Estado su protección y respeto. Es en esta estera que el propio constituyente elabora el artículo 3o.³⁸ de nuestro texto mayor, estableciendo objetivos a ser cumplidos por el Estado (y por la sociedad). Aunque se refiere a la Ley Fundamental alemana, son pertinentes las palabras 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”³⁹

Es inevitable la constatación de que a partir de nuestro texto constitucional el principio del Estado social compone nuestro ordenamiento, integrando de ánima nuestro orden. Es inherente a nuestro pacto mayor la idea de la justicia social, la cual se hace expresamente presente en diversos dispositivos constitucionales, incluso los que se refieren al orden económico.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 4o. del artículo 60, afirmando el marco programático de las normas que establecen fines al Estado, además de vaciar por completo los derechos sociales,

...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).⁴⁰

Es en el propio texto magno que encontramos los direccionamientos que nos sitúan en la senda de un Estado social, no sólo como criterio de acción, sino de propia interpretación. De modo que la interpretación de la Constitución estaría desligándose de sus “...vínculos com os fundamentos

³⁸ *Cfr.* nota 1.

³⁹ Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 175.

⁴⁰ Streck, *Jurisdição Constitucional...*, *cit.*, p. 146.

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 abstração”.⁴¹

De este modo, es evidente que los derechos sociales (y el principio del Estado social que exhala de la identidad constitucional) guardan intrínseca relación con la garantía de la propia dignidad de la persona humana, en vista de que sin garantizar aquéllos, ésta queda vaciada de sus posibilidades de realización concreta-social.

Dicho esto, en buen momento se introduce en el debate la discusión sobre la EC 95/2016, que se conoció como “PEC del Techo de Gastos”, que establece un nuevo régimen fiscal introduciendo nuevos artículos al Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) tratando la reducción del gasto primario no financiero de la unión, es decir, la congelación de dichos gastos a lo largo de 20 años con reposición inflacionaria cada año. Sin embargo, para los límites de este ensayo, nos limitaremos a elaborar consideraciones al artículo 110 y sus incisos, el cual fue insertado por la enmienda constitucional en el ADCT.

El referido artículo dispone que las acciones y servicios públicos de salud y educación seguirán lo que se estableció para los gastos primarios, es decir, la salud y la educación tendrán el equivalente al ejercicio anterior más la reposición inflacionaria por 20 ejercicios. Es justamente esta disposición la que será objeto de análisis de constitucionalidad, dentro de los límites de este ensayo, a partir de las premisas anteriormente ya establecidas, o sea, desde la perspectiva del dirigismo constitucional a los derechos sociales como protegidos de inalterabilidad por lo dispuesto en el artículo 60, §4o., IV.

El primer punto a destacar es que la medida propuesta trata prácticamente de derogar las vinculaciones presupuestarias⁴² de la Constitución federal, que garantizan al menos el 15% y el 18% para su aplicación en los servicios de salud y educación, respectivamente. En verdad, el legislador constituyente buscó viabilizar, además de las contingencias político-económicas, la concreción de dichos derechos sociales. En gran medida es dejar parte de los recursos que debían destinarse a tales fines a merced de la discrecionalidad del administrador, el cual puede dar a los recursos, destinos diversos a los cuales originariamente estarían vinculados.

⁴¹ Bonavides, *Curso..., cit.*, p. 675.

⁴² Se trata del vínculo jurídico que une determinado(s) ingreso(s) a ser utilizados en determinada(s) finalidad(es).

De ese modo, como ya se puede deducir, el dispositivo previsto en la Enmienda 95 está viciado de inconstitucionalidad porque al haber cierto obedecimiento a la concreción de los derechos fundamentales (no siendo posible aquí si abogar el eufemismo de tratarse de “límites”) en las fuentes de recursos destinados a tales derechos, es hacerlos meras abstracciones, simples palabras en el papel.

En otra oportunidad, versando sobre las desvinculaciones de ingresos de la unión, el maestro Fernando Facury Scaff fue inmensamente preciso al 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”.⁴³

Además, podemos todavía afirmar la patente inconstitucionalidad del dispositivo, por afectar no sólo dos derechos fundamentales sociales, sino por estar en desacuerdo con un complejo normativo (reglas y principios) que es el verdadero fundamento del Estado democrático de derecho que fue vislumbrado por el Constituyente.

Para demostrarlo, queda claro que la reducción progresiva de los recursos destinados a la concreción de los derechos a la salud y a la educación implican un verdadero ataque a los principios del Estado social, que garantiza la acción estatal y la protección de un nivel mínimo de continuidad que ya se ha alcanzado en el ordenamiento jurídico. Hay contradicción aun con lo que impone el artículo 50., §1o., de la Constitución federal, o sea, la máxima efectividad de las normas definitorias de derechos fundamentales.

Además de eso, se deshace con la tesis propuesta del dirigismo de la Constitución, teniendo en cuenta que la propia fijación de vínculos presupuestarios denota que el legislador Constituyente intencionalmente quiso dejar claro cuáles son las prioridades, lo que es fundamental para la consecución de sus objetivos. La vinculación trata, en verdad, del direccionamiento del actuar estatal como medida garantizadora de los derechos humanos fundamentales.

En el caso de que se produzca un cambio en la calidad de la información, se debe tener en cuenta que, en la medida de lo posible, se refiere a la restricción o aniquilamiento de derechos fundamentales, especialmente los sociales. Este principio reduce el espacio de conformación del legislador; como bien afirma Sarlet, “...o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e

⁴³ Scaff, Fernando Facury, “Direitos humanos e a desvinculação das receitas da união”, *DRU. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, abril/junio de 2004, p. 49.

nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental”.⁴⁴

Este principio consubstancia lo que se prevé en el artículo 60, §4o., IV, de la Constitución federal, limitando la actuación del Poder Constituyente derivado reformador, en el sentido de imposibilitar los derechos fundamentales. Intangible la necesidad de traer a la colación la lección 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.⁴⁵

En la estera de lo que ya se ha hablado, es innegable la conclusión de que el vedamiento al retroceso social es instrumento garante del propio núcleo político de la Constitución. Imposibilitar medidas no sólo retroactivas, sino también las que son verdaderos retrocesos, es resguardar el proyecto de una sociedad libre, justa y solidaria que orientó la elaboración del pacto social promulgado en 1988, no pudiendo estar a disposición de las mayorías eventuales, siendo la jurisdicción constitucional el instrumento idóneo para garantizar “...a recomposição de grupos desarticulados e autorreferentes no que diz respeito à defesa jurídica dos valores democráticos reconhecidos no pacto constitucional”.⁴⁶

No es posible, por lo tanto, afirmar que no hay por parte de la norma, obra del legislador constituyente ordinario, una fundamental afrenta a la protección que poseen los derechos y garantías fundamentales, establecida como cláusula pétrea, a partir de la simple afirmación de tratarse de derecho social, estando, por lo tanto, alejado del espectro de protección de la norma limitadora de reforma constitucional. Como nos dice el eminentísimo profesor Paulo Bonavides,

⁴⁴ Sarlet, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 383.

⁴⁵ *Jurisdição Constitucional...*, *cit.*, p. 820.

⁴⁶ Abboud, Georges, *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 452.

...[las] 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.⁴⁷

Se trata, en verdad, de la protección a la propia dignidad de la persona humana. En un país donde las desigualdades y la mala distribución de la renta se traducen en la tónica de lo cotidiano, así como que la mayor parte de la población se encuentra sometida a condiciones subhumanas, la acción de cortar los recursos referentes a la salud y educación públicas es afrontar el propio principio basilar de la República brasileña.

Para decir con claridad de lo que se trata, es necesario utilizar palabras adecuadas aunque sean duras. De este modo, la propuesta que permaneció en la EC 95, tras diversos acuerdos políticos, es en realidad un acto desconstituyente, pues aniquila la esencia misma de la carta magna brasileña. Dicho esto, no queda conclusión diversa, si no la de que la aprobación de esa medida se configura en verdadera instauración de un “estado de excepción económica”, generando “...no médio e no longo prazos, a deslegitimação democrática, o esfacelamento do Estado e formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo”.⁴⁸

En esta medida, no hay como no concluir por la insoportable inconstitucionalidad material del dispositivo 110 de la EC 95/2016, que debería haber sido apreciada ya en el momento oportuno de su tramitación, que es el de evaluación de la propuesta por las Comisiones de Constitución y Justicia de la Cámara de los Diputados y del Senado Federal. Pero no habiendo eso ocurrido, corresponde a los legitimados por el artículo 103 de nuestra carta política postular, lo más brevemente posible, la pertinente acción directa de inconstitucionalidad, como instrumento idóneo para incitar la declaración de inconstitucionalidad por parte del Supremo Tribunal Federal, órgano constitucionalmente facultado para la guardia de la Constitución.

⁴⁷ Bonavides, *Curso...*, cit., p. 677.

⁴⁸ Bercovici, Gilbert, “O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo”, *Pensar*, Fortaleza, v. 11, pp. 95-99, febrero de 2006, p. 98, disponible en: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640> (consultado el 10 de diciembre de 2016).

V. CONSIDERACIONES FINALES

Al final de este trabajo podemos afirmar que la tesis del dirigismo constitucional sigue siendo válida para el caso brasileño, incluso como forma de garantizar la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, que represente uno de los objetivos establecidos por nuestro texto constitucional. De este modo, se concluye que el legislador no tiene libertad para utilizar su función para confrontar y deshacer el núcleo fundamental de nuestra carta política, sea al elaborar textos normativos infraconstitucionales, así como textos que apunten a la enmienda de la Constitución, pues se trataría de “*Détounement de pouvoir*” o como prefieren los alemanes, “*Verfassungsbesetzung*”.

De igual modo, los derechos fundamentales y demás componentes de ese núcleo esencial no pueden estar a disposición de las contingencias políticas y económicas, pues se trata de la propia identidad del Estado; ya que los principales objetivos y las tareas del Estado poseen su normatización en el propio texto constitucional, hay que considerar que la legitimidad del poder político estatal deriva de la Constitución.

En esta esencia, los derechos fundamentales sociales, como los derechos y garantías individuales, tienen su protección garantizada contra cualquier legislación que tienda a su restricción o supresión. De igual modo, están protegidos por el espectro normativo del artículo 60, §4o., IV, que veda la posibilidad de que las enmiendas a la Constitución alcancen los derechos y garantías individuales, vista la imposibilidad de retirar de los derechos sociales más allá de su fundamentabilidad, dimensión que se vincula al propio individuo como garantía de condición material de su dignidad.

En esta medida, quedaba evidenciada la inconstitucionalidad del artículo 110 e incisos introducidos por la EC 95/2016 en el ADCT, que, en efecto, efectúa recortes en los recursos destinados a la salud y la educación, a través del establecimiento de un “techo”; en la verdadera desvinculación de los ingresos constitucionalmente destinados a la concreción de tales derechos, está, en realidad, vaciarlos y retirar su fuerza normativa e incluso de los propios dispositivos orientadores de la acción estatal.

Por último, es evidente que esta problemática es reflejo de la crisis paradigmática por la que el derecho pasa hoy, que implica una “baja constitucionalidad” y por consiguiente la baja efectividad de la propia Constitución. El sentido común teórico de los juristas es lo que sostiene esas interpretaciones

restrictivas y reduccionistas del proyecto constitucional; la matriz suministrada sólo responde a cuestionamientos de índole liberal-individualista, no estando, por lo tanto, preparada para responder a los conflictos “más allá-individuo”. En eso, la riqueza de nuestra Constitución, que es justamente su carácter emancipatorio, queda desprovista de su efectividad. De tal modo, hay que liberarse de los grilletes que nos atañen a un vetusto paradigma, después de todo, hay que garantizar la materialidad y concreción de la libertad de todos, y a no ser posible restringirlas al goce de clases privilegiadas y sus intereses.

VI. REFERENCIAS

- ABBOUD, Georges, “O processo civilizador e os direitos fundamentais”, *História e Cultura*, Franca, v. 4, n. 3, diciembre de 2015.
- ABBOUD, Georges, *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2a. ed., trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 8a. 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, abril de 1999, disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474> (consultado el 07 de diciembre de 2016).
- BERCOVICI, Gilberto, “O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo”, *Pensar*, Fortaleza, v. 11, febrero de 2006, disponible en: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/780/1640> (consultado el 10 de diciembre de 2016).
- BERCOVICI, Gilberto, “La Constitution dirigeante et la crise de la théorie de la Constitution”, *Buletin Stiintific - Scientific Bulletin*, Romeni, v. 20, 2011, disponible en: http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/Buletin20/la_constitution.pdf (consultado el 8 de diciembre de 2016).

- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 30a. ed., 2015.
- BONAVIDES, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, 11a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- BRASIL, *Constituição de 1988, Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, Senado, 1988.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do Poder: Formação do Patronato político brasileiro*, 5a. ed., São Paulo, Globo, 2012.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso, Heck Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991
- MURILO DE CARVALHO, José, *A formação das almas: o imaginário da república no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.
- NEVES, Marcelo, “Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente”, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Río de Janeiro, v. 37, n. 2, 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*, Río de Janeiro, v. 236, abril-junio de 2004.
- STRECK, Lenio Luiz y BOLZAN DE MORAIS, Jose Luiz, *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

