

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 46 • nº 181
Janeiro/março – 2009

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais

Fábio Martins de Andrade

Sumário

1. Introdução. 2. Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: apontamentos iniciais. 3. O que são os direitos fundamentais? 4. Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: extensão da proteção. 4.1. Doutrina. 4.2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. A cláusula pétrea como limite material de reforma do Poder Constituinte Derivado. 6. As cláusulas pétreas e a vinculação de gerações futuras. 7. Conclusão.

1. Introdução

O tema da teoria dos direitos fundamentais tem sido crescentemente explorado pela doutrina. Significativo sinal desse aumento do interesse acadêmico e doutrinário é a tentativa recorrente no sentido de criar uma teoria *geral* dos direitos fundamentais. O assunto é complexo e de inegável interesse prático, especialmente se considerada a Constituição de 1988 que representou um marco no caminho da redemocratização que experimentava o País naquele relevante momento histórico.

Não obstante, questão que remanesce espinhosa é a delimitação do alcance da expressão “direitos fundamentais”, isto é, que direitos, liberdades e garantias encontram-se ali albergados. No meio-termo entre as visões mais estritas e amplas, encontra-se uma variedade de óticas distintas.

Embora as cláusulas pétreas possam ser conceituadas de maneira relativamente

Fábio Martins de Andrade é Advogado, Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre pela Universidade Candido Mendes em Ciências Penais, Pós-graduado em Direito Penal Econômico na Universidad Castilha-La Mancha, Espanha, Pós-graduado em Criminologia na Universidad de Salamanca, Espanha, Pós-graduado em Control Judicial de Constitucionalidad na Universidad de Buenos Aires, Especialização e Aperfeiçoamento em Direito Processual Constitucional na UERJ.

simples, a questão assume relevo ainda maior quando se trata de vinculá-las à proteção dos “direitos fundamentais”, tal como expresso no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República. Daí surge a indagação acerca de qual a extensão da proteção dos direitos fundamentais pelas cláusulas pétreas.

É que à condição de cláusula pétrea vem agregada uma série de relevantes restrições materiais à liberdade de conformação do legislador ordinário e ao poder de reforma do Poder Constituinte Derivado. Além disso, acresça-se a complexa questão sobre a relação das cláusulas pétreas e a vinculação de gerações futuras, isto é, como compatibilizar o enunciado aparentemente estático do texto constitucional com a dinâmica da realidade subjacente em distintos momentos históricos.

Este breve estudo propõe-se a explicitar essas e outras questões relevantes sobre a relação entre as cláusulas pétreas e os direitos fundamentais, especialmente como instrumentos de sua proteção. Para este fim, são trazidos aportes tanto da doutrina como também da jurisprudência nacionais.

Nos atuais tempos, em que se cogitam absurdamente sobre a eventual promulgação de nova Constituição da República, temas como a relação entre as cláusulas pétreas e os direitos fundamentais assumem relevo ainda maior para a reflexão profissional e pessoal de tantos quanto militam no foro ou são estudiosos desse apaixonante assunto. O País parece ainda não ter a maturidade institucional e cívica suficiente para que se cogite de uma concepção teórica que, de qualquer maneira, limite o alcance das cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.

2. Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: apontamentos iniciais

No ordenamento constitucional vigente, o art. 60 prevê o processo legislativo de emenda à Constituição e o seu parágrafo

4º dispõe que: “*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*”.

Verifica-se, preliminarmente, que a noção de direitos fundamentais não se confunde com o conceito de cláusulas pétreas. Na realidade, estas constituem gênero da qual aqueles são espécies. Embora o conceito de cláusulas pétreas seja mais abrangente do que o de direitos fundamentais, eles poderiam identificar-se na hipótese única em que coincidissem, isto é, seriam cláusulas pétreas só os direitos fundamentais. Não é o que ocorre na Constituição vigente.

Registre-se que a enumeração explícita das cláusulas pétreas é escolha do Poder Constituinte Originário que, em função do compromisso assumido em certo momento histórico, se perpetua através do tempo e não precisa necessária e explicitamente contemplar no seu rol os direitos fundamentais. Nas Constituições pretéritas, por exemplo, os direitos fundamentais sempre existiram como “Declaração de Direitos” de maneira semelhante ao elenco que temos hoje; contudo, nunca foram contemplados como cláusulas pétreas expressas.

De fato, na Constituição de 1967, o § 1º do art. 49 estabelecia como cláusula pétrea apenas a Federação e a República. Com a modificação que sofreu pela Emenda Constitucional nº 1/1969, o dispositivo passou a ser o § 1º do art. 47.

A Constituição de 1946 continha a mesma previsão no § 6º do art. 217 (contido nas Disposições Gerais). Nos dispositivos da Constituição de 1937 não constou qualquer cláusula pétrea.

A Constituição de 1934 contemplava como cláusula pétrea apenas “a forma republicana federativa”, consoante dispôs o § 5º do art. 178 (também das Disposições Gerais). Essa Constituição continha curioso dispositivo no *caput* do art. 178: “A Constituição poderá ser emendada, quando as

alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (capítulos II, III e IV, do Título I; o capítulo V, do Título I, o Título II, o Título III; e os arts. 175, 177, 181, e este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário”.

A Constituição de 1891 previu no § 4º do art. 90, como cláusulas pétreas, “a forma republicana federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”.

A Constituição de 1824 não previu qualquer cláusula pétrea,¹ mas prescreveu enorme rigidez para a época na modificação do texto quando versasse sobre os limites e atribuições dos Poderes Políticos, dos direitos políticos e individuais dos cidadãos, que foram considerados temas constitucionais, consoante dispôs o art. 178. Em contraposição, previu-se que: “Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”. Trata-se da conhecida forma semi-rígida ou semiflexível adotada pela Constituição que, a um só tempo, exigia enorme rigidez para o processo de modificação constitucional (nas hipóteses apontadas) e era bastante flexível quando se cuidasse do processo legislativo ordinário, mesmo que modificativo do texto constitucional.

Registre-se a curiosidade de que, ao contrário das Constituições pretéritas, a atual não elevou a forma republicana de governo ao patamar de cláusula pétrea. Isso ocorreu porque, no dia 7 de setembro de 1993, o eleitorado definiria, por meio de plebiscito, a forma (republicana ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no País, consoante estabelecera o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988 (com a redação da Emenda Constitucional nº 2/1992).²

¹ No mesmo sentido: PEDRA, 2006, p. 138.

² Para aprofundar o exame sobre esta questão e se depois da consulta popular passaram a integrar as cláusulas pétreas, relacionada também com a possi-

Na ordem constitucional em vigor, verifica-se, por conseguinte, que os direitos fundamentais são todos cláusulas pétreas. Estas, por seu turno, abrangem outros dispositivos constitucionais além daqueles.

Um breve parêntese se impõe. Com a dicção da Emenda Constitucional nº 45/2004, verificamos que, pela primeira vez desde a promulgação da Constituição de 1988, o art. 5º, considerado nuclear ao texto constitucional, foi modificado. Trata-se da modificação perpetrada no sentido de criar – em realidade, explicitar – mais um direito fundamental, por meio da inclusão do inciso LXXVIII.^{3,4} Essa modificação afigura-se perfeitamente constitucional.⁵

Se a situação fosse inversa, sabe-se que não seria possível proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais individuais, vez que é cláusula pétrea, consoante determina o art. 60, § 4º, inciso IV, como vimos.

E as situações intermediárias, que se posicionam aparentemente no meio do caminho entre estes dois extremos? Em outras palavras, até que medida é possível modificar o art. 5º e até onde chega o alcance da limitação material do poder de reforma contido no § 4º do art. 60? Ou ainda: qual é o alcance da expressão “tendente a abolir”, contida nesse dispositivo constitucional? (PEDRA, 2006, p. 138)

Para explicitar ainda mais o enunciado existente ou ampliar o alcance ou abrangên-

bilidade de reconhecimento de limitações materiais implícitas ao poder de reforma constitucional, como foram, por exemplo, os direitos fundamentais nas Constituições pretéritas, e hoje são outras, confira: SARLET, 2003, p. 373 e ss.

³ Este dispositivo introduziu no ordenamento jurídico nacional o direito à “razoável duração do processo”, estabelecido nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴ Para aprofundamento do exame deste novel dispositivo constitucional, consultar: ANDRADE, 2007, p. 178-181.

⁵ No mesmo sentido, ver: TAVARES, 2005, p. 30-31.

cia de qualquer direito fundamental – como ocorreu com a inclusão do inciso LXXVIII –, a resposta impõe-se categoricamente afirmativa. Tratar-se-ia, por conseguinte, de uma inclusão legítima. No entanto, sabe-se que, quando obstaculizar os direitos e garantias ali previstas, a resposta impõe-se veementemente negativa.

Outro problema seria quanto à proposta que meramente dificultasse ou reduzisse o alcance ou abrangência de qualquer enunciado previsto no art. 5º, eis que não necessariamente seria “tendente a abolir”. Nesse caso, a expressão abrange obrigatoriamente tais hipóteses e a resposta conduz necessariamente ao repúdio de tais propostas.

Esse é o real sentido de se posicionar os direitos fundamentais consagrados como cláusulas pétreas, portanto, imutável para pior em qualquer hipótese. O entendimento em sentido contrário certamente ignoraria a sistemática constitucional engendrada para a proteção dos direitos fundamentais e tampouco levaria em consideração a circunstância histórica de que esses direitos foram, pela primeira vez na história constitucional brasileira, elevados à categoria de cláusulas pétreas explícitas por opção do Poder Constituinte Originário.

3. O que são os direitos fundamentais?

A questão não é fácil. A Professora Jane Reis explica que: “Quando se fala em *direito fundamental*, aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de múltiplos enfoques”.⁶

Dada a multiplicidade de conceitos possíveis acerca dos direitos fundamentais,

⁶ De fato, os enfoques doutrinários da teoria geral dos direitos fundamentais podem contemplar a sua noção como: em sentido formal, em sentido material, do ponto de vista funcional (planos subjetivo e objetivo), ou ainda, sob o viés estrutural (distinção entre regras e princípios). A Professora discorre que: “(...) há certa tendência em utilizar a referida expressão para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem constitucional” (PEREIRA, 2006, p. 75-78).

busca-se trazer pontualmente uma ligeira definição pinçada exemplificativamente da doutrina.

Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 499 e ss.) define da seguinte maneira: “Os direitos fundamentais são conceituados como *direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade*”.⁷

Cuidando da classificação dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet distingue as seguintes categorias:

1. Direitos fundamentais como direitos de defesa⁸
2. Direitos fundamentais como direitos a prestações⁹
 - a. Direitos a prestações em sentido amplo¹⁰
 - i. Direitos à proteção¹¹

⁷ Em seguida, o autor explica cada uma das características que envolvem o conceito.

⁸ Dirigem-se a “uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições” (SARLET, 2003, p. 176).

⁹ Relacionam-se com os direitos de defesa, assegurando os meios necessários àquela proteção: “Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos” (SARLET, 2003, p. 195).

¹⁰ O autor coloca nesta categoria “todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa” e atribui-lhe natureza residual, vez que abrange “todas as posições fundamentais prestacionais não-fáticas” (SARLET, 2003, p. 201).

¹¹ Compreendidos, a partir de Alexy, como “posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja

ii. Direitos à participação na organização e procedimento¹²

b. Direitos a prestações em sentido estrito¹³.

4. *Cláusulas pétreas e direitos fundamentais: extensão da proteção*

4.1. *Doutrina*

Inicialmente, impende notar que o tema da extensão da proteção aos direitos fundamentais conferida pelas cláusulas pétreas tem como pano de fundo uma complexa, e até mesmo paradoxal, tensão entre o constitucionalismo e a democracia. Tal tensão verifica-se nos sistemas jurídicos dos principais países ocidentais do mundo contemporâneo e consiste na perquirição sobre como conciliar compromissos colidentes: “o ideal de um governo limitado pelo direito (constitucionalismo em sentido estrito) e o de um governo do povo (democracia)”¹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 363-364) coloca outras perquirições igualmente complexas na compreensão da extensão da proteção aos direitos fundamentais assegurada como cláusulas pétreas, *verbis*:

“Dentre os diversos aspectos a serem destacados, assume relevo, por exemplo, a própria terminologia empregada pelo Constituinte no art.

contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais” (SARLET, 2003, p. 201).

¹² Aqui, “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais” (SARLET, 2003, p. 203).

¹³ Esta categoria pode ser identificada com “os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional” (SARLET, 2003, p. 208).

¹⁴ Rodrigo Brandão (2007, p. 6), em artigo doutrinário que contém as principais idéias desenvolvidas na sua dissertação de mestrado sobre o tema, expõe que: “Assim, poder-se-ia dizer que, embora ambos os conceitos se vinculem à exigência de legitimidade no exercício do poder político, o ideário constitucionalista se atém à extensão deste poder (até que ponto podem os governos dispor sobre a vida dos cidadãos?), e o

60, § 4º, inc. IV, suscitando dúvidas até mesmo no que diz com a abrangência da proteção outorgada. Assim, indaga-se, por exemplo, se além dos direitos e garantias individuais (art. 5º da CF) também os demais direitos fundamentais (coletivos, políticos e sociais) podem ser considerados ‘cláusula pétrea’. Para além disso, controverte-se a respeito do alcance da proteção, já que discutível se esta apenas objetiva inviabilizar uma erosão dos direitos fundamentais, ou se os torna imunes contra qualquer tipo de restrição, resultando numa virtual intangibilidade. Também não há como desconsiderar a necessidade de traçar uma distinção entre os direitos fundamentais enunciados em normas de eficácia plena e limitada, assim como a diversidade das funções precípua exercidas pelos direitos fundamentais (direitos de defesa ou direitos a prestações)”.

Grosso modo, pode-se dizer que: “As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição”. Nesse sentido, as cláusulas pétreas definem-se como “um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da perma-

democrático à sua fonte (quem deve estabelecer tais normas?), de maneira que, enquanto o primeiro se volta à limitação do poder político, o segundo redundará no seu fortalecimento”. Adiante, o autor assinala ainda que: “Ocorre que a efetiva retirada dos direitos individuais do alcance das majorias políticas ocasionais, especialmente do Poder Legislativo, somente se tornou factível com a universalização das noções de rigidez constitucional e de controle de constitucionalidade, algo que se verificou apenas na segunda metade do século passado”.

nência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais”.¹⁵

Mais especificamente, pode-se dizer que as cláusulas pétreas (ou “superconstitucionais”, como sugere Oscar Vilhena Vieira) prestam-se a proteger “a estrutura central do poder contra uma total ruptura”, “buscam impedir que mudanças constitucionais ‘normais’ gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição” e “também servem como princípios que auxiliam a interpretação constitucional”.¹⁶

Entre esses relevantes papéis desempenhados pelas cláusulas pétreas na ordem constitucional, impende afirmar a mais sutil e, por isso mesmo, preocupante. Trata-se de sua função protetiva dos princípios e valores constitucionais básicos, em oposição à sua erosão pelos mecanismos permissivos de modificações consideradas “normais” no texto, que geralmente ocorrem por meio da edição de emendas à Constituição.

¹⁵ Em contraposição entre a rigidez e a evolução constitucional, releva notar que: “Mas a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos. Isso porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade”. Em síntese: “Nesse sentido, se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, essa rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição”. Adiante o autor ressalta que “várias são as tentativas de se elaborar propostas sustentando que as cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma constitucional, eis que é imprescindível um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade social” (PEDRA, 2006, p. 135-137).

¹⁶ Em outras palavras, elas voltam-se “à proteção das instituições básicas da Constituição, entre as quais seus princípios substantivos e procedimentais de justiça”; bem como “podem funcionar como princípios fundamentais de interpretação constitucional”, buscando com isso superar o quadro de fragmentação, ambigüidade e assistemática da Constituição (VIEIRA, 1999, p. 24, 29 e 139-140).

Oscar Vilhena Vieira (1999) sustenta que há uma hierarquia entre os princípios e normas constitucionais, já que o caráter de superconstitucionalidade mencionado atribui maior rigidez e proteção em relação aos demais princípios e normas constitucionais, modificáveis de maneira relativamente simples pelo Poder Constituinte Derivado.¹⁷

Quais os “direitos fundamentais” que são protegidos como cláusulas pétreas na Constituição? Uma primeira interpretação literal ou gramatical do inciso IV do § 4º do art. 60 levaria à absurda conclusão de que apenas aqueles inseridos na “Declaração de Direitos” constante no art. 5º estariam abrangidos pela referida proteção. Essa interpretação não deve prevalecer, já que coloca categorias equivalentes de direitos fundamentais em patamares distintos de proteção.

Por outro lado, a partir de uma interpretação sistemática, é perfeitamente possível atribuir maior alcance à proteção dos direitos fundamentais pelas cláusulas pétreas, que devem necessariamente abranger também os direitos políticos, sociais e dos contribuintes, entre outros.¹⁸

¹⁷ Nas suas palavras: “Portanto, mais do que o estabelecimento de cláusulas pétreas ou, mesmo, de um pequeno núcleo constitucional irreformável, o constituinte concedeu caráter de superconstitucionalidade a diversos setores da Constituição, ou seja, um conjunto de princípios e normas constitucionais hierarquicamente superiores aos demais dispositivos da Constituição. Superconstitucionalidade, e não supraconstitucionalidade, pois, embora superiores, esses dispositivos ainda se encontram dentro da órbita da Constituição: direito positivo, e não transcendente” (VIEIRA, 1999, p. 135).

¹⁸ Em perfunctório exame da Constituição, verifica-se que: “Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente do nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incs. I a III, e art. 3º, incs. I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de estado da nossa Constituição. Não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social,

Ingo Wolfgang Sarlet entende que a proteção assegurada pelas cláusulas pétreas não se dirige de maneira absoluta ao dispositivo constitucional próprio, mas ao chamado “núcleo essencial do princípio em questão”, isto é, a “essência do princípio ou direito” que delinea o seu conteúdo e estrutura, pouco importando os seus elementos circunstanciais.¹⁹

Parte da doutrina distingue entre direitos formal e materialmente fundamentais para, ao final, (i) incluir tanto os direitos formalmente fundamentais explícitos e os direitos materialmente fundamentais, mesmo que implícitos, no rol de proteção pelas cláusulas pétreas; ou (ii) excluir os direitos formalmente fundamentais explícitos e manter, no âmbito de proteção pelas cláusulas pétreas, apenas os direitos

bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das ‘cláusulas pétreas’ – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional”. O autor defende, adiante, que: “Os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos)” (SARLET, 2003, p. 385 e 386). Em sentido semelhante: VIEIRA, 1999, p. 245.

¹⁹ Consoante explicação de Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 381-382): “No âmbito da doutrina pátria, revelando uma nítida tendência de adesão à doutrina alemã, já há quem sustente que uma emenda constitucional apenas tende a abolir um bem protegido pelas ‘cláusulas pétreas’ na hipótese de vir a ser atingido o núcleo essencial do princípio em questão, não ficando obstaculizada a sua regulamentação, alteração ou mesmo a sua restrição (desde que não afetado o núcleo essencial). O núcleo do bem constitucional protegido é, de acordo com este ponto de vista, constituído pela essência do princípio ou direito, não por seus elementos circunstanciais, cuidando-se, neste sentido, daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura. Neste contexto, afirmou-se acertadamente que a constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido depende de uma ponderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições marginais da norma, ou se, pelo contrário, investe contra o próprio núcleo do princípio em questão”.

materialmente fundamentais, explícitos ou implícitos.²⁰

Oscar Vilhena Vieira entende que, por meio da “textura aberta” dos preceitos constitucionais e da justificativa racionalmente fundamentada, é possível encontrar o ponto de equilíbrio legítimo na tensão dialética entre a perenidade da Constituição e sua necessidade de compatibilização à realidade social subjacente, no concernente às cláusulas pétreas.²¹

Reconhece, no entanto, como cláusulas superconstitucionais as seguintes pre-determinações que buscam preservar a dignidade humana e a igualdade de cada indivíduo em relação aos demais: a) “dos direitos que conferem autonomia privada a cada indivíduo (...) bem como as garan-

²⁰ De qualquer maneira, é importante não ampliar demasiadamente o rol de direitos fundamentais protegidos pelas cláusulas pétreas. Nesse sentido, Rodrigo Brandão explica que: “Da vinculação dos direitos fundamentais a bens jurídicos primários e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) é possível concluir que nem todo direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, previsto constitucionalmente, tem a natureza de direito fundamental. Ora, se a atribuição da condição de cláusula pétrea a preceito normativo está condicionada à demonstração de que o mesmo se reconduz a direito materialmente fundamental, ou, então, que se consubstancia em garantia fundamental à sua preservação, faz-se mister esboçar uma proposta de balizamento da atividade judicial de identificação e tutela destes direitos” (BRANDÃO, 2007, p. 25-30).

²¹ Nas palavras do autor: “Após as críticas ao utilitarismo, à idéia meramente procedimental de democracia e ao positivismo jurídico e sociológico, que reduziam a normatividade ou a legitimidade do direito à sua própria força, não mais é possível pensar a Constituição – e mais ainda as suas cláusulas constitucionais intangíveis – sem levar em conta suas qualidades intrínsecas, seu valor ético. Para que certas cláusulas constitucionais possam ser aceitas como limitadoras do poder de cada geração de alterar suas próprias Constituições é necessário que seu conteúdo possa ser justificado e aceito racionalmente. O fato de terem sido estabelecidas por um poder constituinte anterior, ou de se compatibilizarem com um conjunto predeterminado de direitos, não é suficiente para garantir sua legitimidade”. Adiante, o autor explicita ainda mais seu ponto de vista: “Assim, ao buscar dar a melhor interpretação possível aos dispositivos especialmente protegidos, como cláusulas superconstitucionais, subsidiado por um processo

tias necessárias para que essas liberdades sejam preservadas”; b) “da instituição do Estado de Direito, que garanta o princípio da legalidade (...). Isso certamente exige um Estado organizado com base no princípio da separação de Poderes (...)”; c) “de um rol de direitos essenciais para que a igualdade e a dignidade dos cidadãos, enquanto seres racionais e autônomos, sejam mantidas. Esse rol é composto pelos direitos de participação na tomada de decisões públicas (...)”; d) “por fim, os direitos sociais básicos não devem ficar vulneráveis simplesmente por serem instrumentais à realização dos direitos civis e políticos, mas pelo seu próprio *status* de direitos morais, como os direitos civis e políticos básicos. (...). Assim, os direitos básicos à alimentação, moradia, educação e saúde também compõem o rol de direitos essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos”.²²

O autor discorre ainda sobre os momentos distintos no processo de implementação dos preceitos de justiça na compreensão da idéia da Constituição como “reserva de justiça”:

“Caso se aceite a idéia da Constituição como ‘reserva de justiça’, como ponto de encontro entre a moralidade política e o direito positivo, então seus intérpretes e aplicadores

de argumentação racional em que os componentes da Corte se encontrem em posição de igualdade e liberdade argumentativa, o tribunal constitucional poderá decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas superconstitucionais, de maneira mais legítima. Isto não significa que a Corte não esteja engajada em um processo antimajoritário. Porém, se for capaz de impedir a abolição ou erosão dos princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos que habitam a perpetuação do processo político democrático, a Corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia” (VIEIRA, 1999, p. 224-225 e 239).

²² Sob a ótica do autor: “Protegidas essas cláusulas, que constituem uma verdadeira reserva constitucional de Justiça, as Constituições podem ser reformadas sem colocar em risco os elementos essenciais à perpetuação de um sistema que garanta autonomia privada e política, numa esfera de igualdade e dignidade” (VIEIRA, 1999, p. 230-232).

serão obrigados a utilizar métodos jurídicos e argumentativos de interpretação toda vez que se virem frente a um caso regido por princípios não plenamente densificados pelo processo de positivação constituinte, toda vez que tiverem que decidir se uma determinada reforma favorece ou desfavorece a realização do princípio da separação dos Poderes ou dos direitos fundamentais. Assim, após levar em consideração a Constituição como lei, por intermédio dos diversos métodos de interpretação que auxiliam na redução da discricionariedade judicial, a doutrina e os precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para alcançar a devida compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais, que constituem aspirações a uma ordem justa incorporadas pela própria Constituição”.²³

²³ Melhor explicando estes momentos, o autor discorre que: “Têm-se, assim, quatro momentos distintos no processo de implementação dos preceitos de justiça. À sociedade civil e à filosofia ou teoria política cumpre formular princípios como paradigmas que possam auxiliar na construção de uma ordem justa. Trata-se, porém, de instâncias racionalizadoras, e não decisórias. Ao legislador constitucional, por sua vez, cabe a função de decidir politicamente, por intermédio do procedimento democrático, a positivação dos princípios de justiça que julgar adequados – ou seja, transformar princípios morais em preceitos jurídicos vinculantes. Esta positivação, no entanto, não reduz por completo a abstração e abertura desses princípios, para que possam ser imediatamente aplicados. Cabe à doutrina e à dogmática jurídica agir argumentativamente, racionalizando e reduzindo a abertura desses princípios, no sentido de viabilizar sua aplicação concreta. Tem-se novamente uma atividade argumentativa, e não decisória, porém mais limitada do que a do filósofo e do teórico político, pois o jurista age sob os parâmetros estabelecidos pelo legislador. A dogmática estabelece, assim, num campo de batalha ideologicamente impregnado, distintas consequências do Direito, posto que limitam ainda mais a possibilidade de escolha do magistrado. Finalmente, ao magistrado cabe decidir, numa situação concreta, a aplicação desses princípios, positivados pelo legislador e racionalizados pela doutrina. Porém, por mais que tenham existido essas etapas de redução de complexi-

O autor conclui no sentido de que “não se deve aderir a uma fórmula mecânica a respeito dos direitos que devem constituir o núcleo intangível da Constituição, sob o risco de se incluir direitos absolutamente secundários e deixar sem proteção superconstitucional direitos cruciais à democracia e à preservação da dignidade humana”. (VIEIRA, 1999, p. 246)

Rodrigo Brandão (2007, p. 10 e ss.) assinala o papel das cláusulas pétreas na relação necessária entre o controle de constitucionalidade e o constitucionalismo. Nesse sentido, destaca duas correntes de pensamento antagônicas. Pela primeira, a revisão judicial “redundaria em lesão à democracia, de maneira que, na prática, as cláusulas pétreas veiculariam limites meramente políticos, isto é, despidos de eficácia jurídica efetiva, na medida em que dirigidos exclusivamente ao constituinte-reformador, mas não ao Judiciário”. Por meio da segunda, ao contrário, as cláusulas pétreas teriam a natureza de “limites jurídicos efetivos ao poder de reforma constitucional, de modo que, verificando-se a incompatibilidade entre emenda constitucional e cláusula pétrea, seria dever do Judiciário, em sistemas dotados de *judicial review*, a declaração da inconstitucionalidade de emenda constitucional”.

Sob a ótica do autor, dado o caráter contramajoritário do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, incumbe ao Supremo Tribunal Federal promover o ideal de autogoverno do povo, por meio de sua limitação “aos pressupostos da continuidade da jornada democrática” no exame da invalidação de emendas constitucionais violadoras ao art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República.²⁴

dade, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais continuam a possuir caráter muito abstrato e aberto à argumentação moral, à qual o magistrado responsável por decidir casos constitucionais difíceis não pode fugir” (VIEIRA, 1999, p. 237-239).

²⁴ Em explicação, o autor disserta que: “A aplicação da noção de razão pública ao objeto da presente dissertação redundaria em uma proposta de interpretação

Em conclusão, o autor assinala que:

“À vista do exposto, pode-se concluir que uma tal concepção não incide no reducionismo a que está fadado um procedimentalismo puro como o de Ely, vez que não restringe as condições da democracia aos direitos e liberdades que cumpram uma função imediata no processo democrático. Ao revés, na esteira do que se depreende da leitura sistemática do texto constitucional, abrange também todas as condições fundamentais para a garantia de que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, como agentes morais livres e iguais, independentemente da posição ou da função que desempenham

do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, que restrinja a atuação do Judiciário à hipótese de emenda que atente contra as condições da democracia, promovendo, via de consequência, a elevação do nível deliberativo dos processos políticos (em cujo cerne será colocada a discussão sobre os melhores meios para a implementação dos elementos constitucionais essenciais), e a desobstrução dos canais de deliberação democrática, visto que caberá ao Judiciário impedir que elites se utilizem de sua posição privilegiada para a obtenção de benesses, i.e., do entricheiramento constitucional de privilégios. Este ‘ativismo’ restrito à tutela das condições da democracia permitirá que a atribuição de força jurídica efetiva à cláusula superconstitucional dos ‘direitos e garantias individuais’ não implique excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados pelo Judiciário”. Em seguida, ele aduz duas questões: “o reconhecimento da competência e da legitimidade democrática de o Judiciário invalidar emenda constitucional por violação às condições da continuidade da jornada democrática não significa que tais elementos hajam sido retirados do debate público e ‘delegados’ aos juízes que, encastelados em torres de marfim, definiriam o seu teor”; e “uma definição mais concreta das alvitradas condições da democracia”, como “os princípios fundamentais que estruturam o Estado (prerrogativas dos ‘poderes’ e alcance da regra da maioria), os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter direitos), a um mínimo existencial e as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito à informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão)” (BRANDÃO, 2007, p. 39-41).

na sociedade. Consideram-se, nesta perspectiva, inseridos, no âmbito de proteção superconstitucional do art. 60, p. 4, IV, da CF/88, as liberdades fundamentais ligadas direta ou indiretamente à regularidade do processo democrático, o mínimo existencial, os direitos políticos e nacionalidades, e os direitos difusos e coletivos”.²⁵

Assim, o autor explicita sua orientação no sentido de que o Supremo Tribunal Federal privilegie, nos seus julgados, o respeito pela manutenção dos pressupostos da continuidade da jornada democrática e, por conseguinte, promova por meio da jurisdição constitucional sobre emendas constitucionais o ideal de autogoverno do povo.

4.2. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível colher algumas indicações claras sobre a extensão

²⁵ Logo antes de chegar à conclusão transcrita, o autor justificava que: “Assim, preconiza-se no presente trabalho que um liberalismo político que enfatize a sua dimensão igualitária fornece parâmetros fundamentais para a interpretação do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, em consonância a uma leitura sistemática do texto constitucional. Isto porque, por um lado, logra-se obter modelo em que o Judiciário preserva elementos constitucionais essenciais de pretensões supressivas do constituinte derivado, visto que a noção de que os indivíduos, independentemente de sua função social, são um fim em si mesmo, cujos direitos fundamentais gozam de uma prioridade *prima facie* em relação à satisfação de necessidades coletivas, coíbe, por exemplo, desvios autoritários a que estaria sujeita uma visão totalizante do Estado de Bem-Estar Social”. “Por outro lado, a ênfase de sua dimensão igualitária permite que se veja a premissa fundamental do tratamento dos indivíduos pelo Estado com ‘igual consideração e respeito’ segundo uma perspectiva mais apropriada a sociedades em vias de desenvolvimento, que escapa das insuficiências inerentes à restrição dos direitos fundamentais aos direitos de defesa. A referida proposta, conforme salientado, parece-se amoldar a uma interpretação sistêmica da Carta de 1988, pois se cuida de Constituição que, nitidamente, se preocupou em proteger o indivíduo do eventual exercício abusivo do poder estatal, sem haver, contudo, descuido do papel de o Estado promover a satisfação de necessidades básicas do indivíduo” (BRANDÃO, 2007, p. 42-43).

de quais direitos fundamentais são considerados como cláusulas pétreas.

Tratando-se, inicialmente, da teoria geral dos direitos fundamentais, importa destacar relevante precedente jurisprudencial do Tribunal que reconheceu expressamente a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias em razão de suposta hierarquia entre elas.

Pela clareza didática da decisão, permite-se trazer a transcrição da ementa pertinente, que constitui verdadeira lição sobre o papel do Tribunal como guardião da Constituição:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1. e 2. do art. 45 da Constituição Federal. – *A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.* – Na atual Carta Magna ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição’ (artigo 102, ‘caput’), o que implica dizer que *essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.* – Por outro lado, *as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam*

consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. *Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido*” (grifos nossos).²⁶

Situação diversa é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional, oriunda, portanto, do Poder Constituinte Derivado, hipótese já expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária no caso do IPMF.

Inicialmente, a criação desse novo tributo foi questionada por meio do Mandado de Segurança nº 21.648-4/DF, impetrado pelo Deputado Federal José Maria Eymael em face do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e do Presidente da Mesa do Senado Federal, quando ainda tramitava o Projeto de Emenda Constitucional-PEC correspondente à criação daquele imposto.

Embora o referido *writ* pleiteasse a incompatibilidade da PEC, no particular aspecto da criação do IPMF, com o princípio da anualidade da lei tributária (cláusula pétrea), em decorrência de certo lapso temporal entre a sua impetração e a decisão da Suprema Corte, ele perdeu objeto em razão da conversão da referida PEC na Emenda Constitucional nº 3/1993:

“Mandado de Segurança. Projeto de Emenda Constitucional nº 48/91, que autoriza a União a instituir novo imposto (IPMF) para ser exigido no mesmo exercício de sua criação. Pretensão de Deputado Federal a que lhe seja reconhecido o direito de não ter de manifestar-se sobre o referido projeto, que considera violador do princípio da anualidade tributária. Perda da legitimidade do Impetrante, por modificação da situação jurídica no curso do processo, decorrente da superveniente aprovação do projeto, que já se acha em vigor. Hipótese em que o mandado de segurança, que tinha caráter preventivo,

não se pode voltar contra a emenda já promulgada, o que equivaleria a emprestar-se-lhe efeito, de todo descabido, de ação direta de inconstitucionalidade, para a qual, ademais, não está o Impetrante legitimado”.²⁷

Posteriormente, o IPMF foi considerado inconstitucional para o ano de 1993, em razão da violação aos princípios da anterioridade tributária (considerada cláusula pétrea como garantia individual dos contribuintes) e da imunidade tributária recíproca (considerada cláusula pétrea como garantia da Federação), bem como aquele previsto no inciso III do art. 150, *verbis*:

“Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF – Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF Artigos 5, par. 2., 60, par. 4, incisos I e IV, 150, incisos III, ‘b’, e VI, ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, ‘a’, da CF). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2 desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica ‘o art. 150, III, ‘b’ e VI’, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5, par. 2, art. 60, par. 4, inciso IV e art. 150, III, ‘b’ da Constituição); 2. – o princípio da

²⁶ ADI n. 815 – STF – Pleno – Rel. Min. Moreira Alves – j. 28.03.1996 – DJU 10.05.1996.

²⁷ MS nº 21.648-4/DF – STF – Pleno – Rel. p/ ac. Min. Ilmar Galvão – j. 05.05.1993 – DJU 19.09.1997.

imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4, inciso I, e art. 150, VI, 'a', da C.F.); 3 - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: (...). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993" (grifos nossos).²⁸

Ainda cuidando-se da seara tributária, o princípio da anterioridade nonagesimal das contribuições sociais, previsto no § 6º do art. 195 da Constituição, foi reconhecido expressamente como cláusula pétrea pela Suprema Corte em verdadeiro *obiter dictum* na solução de controvérsia que cuidava da prorrogação da CPMF.²⁹ Eis o teor do trecho da ementa que interessa destacar:

"(...) 2 - Proposta de emenda que, votada e aprovada na Câmara dos Deputados, sofreu alteração no Senado Federal, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal no tocante à supressão, no

²⁸ ADI n. 939/DF - STF - Pleno - Rel. Min. Sydney Sanches - j. 15.12.1993 - DJU 18.03.1994. Para uma síntese comparativa entre as principais dificuldades enfrentadas pela jurisprudência brasileira, norte-americana e alemã no trato de casos que envolveram a apreciação da constitucionalidade de emendas aos seus respectivos textos constitucionais, confira: VIEIRA, 1999, p. 178-183.

²⁹ Note que, neste caso, a ação foi julgada improcedente porque cuidou da mera aplicação ou não do princípio da anterioridade nonagesimal ao caso concreto (prorrogação da CPMF), isto é, não tratou da tentativa de abolir o referido princípio, hipótese em que, aí sim, estaria configurada a violação à cláusula pétrea.

Senado Federal, da expressão 'observado o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal', que constava do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 2 (dois) turnos de votação, tendo em vista que essa alteração não importou em mudança substancial do sentido do texto (Precedente: ADC nº 3, rel. Min. Nelson Jobim). Ocorrência de mera prorrogação da Lei nº 9.311/96, modificada pela Lei nº 9.539/97, não tendo aplicação ao caso o disposto no § 6º do art. 195 da Constituição Federal. O princípio da anterioridade nonagesimal aplica-se somente aos casos de instituição ou modificação da contribuição social, e não ao caso de simples prorrogação da lei que a houver instituído ou modificado. 3 - *Ausência de inconstitucionalidade material. O § 4º, inciso IV do art. 60 da Constituição veda a deliberação quanto a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Proibida, assim, estaria a deliberação de emenda que se destinasse a suprimir do texto constitucional o § 6º do art. 195, ou que excluísse a aplicação desse preceito a uma hipótese em que, pela vontade do constituinte originário, devesse ele ser aplicado. A presente hipótese, no entanto, versa sobre a incidência ou não desse dispositivo, que se mantém incólume no corpo da Carta, a um caso concreto. Não houve, no texto promulgado da emenda em debate, qualquer negativa explícita ou implícita de aplicação do princípio contido no § 6º do art. 195 da Constituição. 4 - Ação direta julgada improcedente"* (grifos nossos).³⁰

No campo previdenciário, a instituição de bases de cálculo diferenciadas para a contribuição previdenciária incidente sobre vencimentos e pensões de servidores e pensionistas da União de um lado, e de servidores e pensionistas dos Estados, do DF e dos

³⁰ ADI nº 2.666 - STF - Pleno - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 03.10.2002 - DJU 06.12.2002.

Municípios de outro, foi reconhecida como arbitrária e inconstitucional pela Suprema Corte, dado o tratamento discriminatório que afronta os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, este conjugado com o art. 5º, *caput* e § 1º, todos considerados cláusulas pétreas.

A ementa desse caso contempla ainda outras duas situações que foram decididas como constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, na terceira situação foi reconhecida a inconstitucionalidade, *verbis*:

“(…) 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. *Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade.* Ação julgada procedente para declarar inconstitucionalidade das expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC n. 41/2003. *Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. (...)*”³¹

Na seara eleitoral, o art. 16 da Constituição já foi reconhecido como “garantia individual do cidadão-eleitor” e, como tal, oponível “até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado”, cuja

burla afrontaria os “direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)”. Eis o trecho da ementa que melhor esclarece a questão posta naqueles autos:

“(…) 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. *Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte* (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), *o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e ‘a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral’* (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma *garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica* (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu con-

³¹ ADI nº 3.105 - STF - Pleno - Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ ac. Cezar Peluso - j. 18.08.2004 - DJU 18.02.2005. No mesmo sentido: ADI nº 3.128 - STF - Pleno - Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ ac. Cezar Peluso - j. 18.08.2004 - DJU 18.02.2005.

teúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação do art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência”.³²

Como fecho desse tópico, traz-se interessante questão em torno da relação dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas e dos “preceitos fundamentais” da ADPF, estabelecida no § 1º do art. 102 da Constituição e regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

Qual é precisamente a definição sobre o que sejam os chamados “preceitos fundamentais”? Seriam eles somente os princípios fundamentais contidos no Título I da Constituição da República?³³ Ou seriam os direitos e garantias fundamentais (em

³² ADI nº 3.685/DF – STF – Pleno – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 22.03.2006 – DJU 10.08.2006.

³³ Paulo Napoleão Nogueira da Silva, já em 1992, sustentou que: “em primeiro lugar, cumpre dizer que, por preceito fundamental, não parece adequado entender-se todo o rol de direitos individuais contidos no art. 5º, e menos ainda o dos direitos sociais contidos no art. 7º”, sustentando que, para tais hipóteses, a própria Constituição previu remédios e vias processuais adequadas. E lançou a seguinte definição: “(...) parece adequado identificar como preceitos fundamentais todos aqueles assim definidos pelo próprio constituinte, mas por inteiro no Título I, e não somente os que se incluem no art. 1º do atual texto constitucional; e, quanto às denominadas ‘cláusulas pétreas’ na sede de que ora se trata, identificá-las como uma espécie de garantia material, implementadora de integridade mesma dos preceitos contidos no Título I, à exceção do próprio regime republicano, por não incluído entre elas. Mais precisamente, os princípios insculpidos nos incisos I a IV do § 4º do art. 60 atuam como os instrumentos materiais que têm por finalidade implementar os princípios fundamentais contidos no Título I; e, a vedação contida no *caput* do § 4º, como garantia dessa instrumentalidade material”. Naquela oportunidade, o autor ainda escreveu que: “será necessário que venham classificadas e delimitadas as hipóteses em que será possível identificar concretamente o descumprimento argüível de preceito fundamental” (SILVA, 1992, p. 117).

acepção mais abrangente do que o Título I);³⁴ ou outra noção ainda mais ampla?³⁵

Em uma breve amostragem doutrinária acerca do conceito do que sejam os preceitos fundamentais passíveis de serem argüídos perante o Supremo Tribunal Federal nesta novel ação, impõe-se reconhecer que: 1) tais hipóteses não foram previstas em lei; 2) caso sejam preceituadas em legislação ainda a ser publicada, então caberá apreciá-la e verificar se está dentro dos limites impostos pela sistemática contida na Constituição; 3) diante dessa omissão, conclui-se que vem cabendo ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de afirmar em quais hipóteses será possível o ajuizamento da ação.

Atualmente, a jurisprudência da Suprema Corte começa a oferecer certa “massa crítica” para que se alcancem os principais contornos dessa definição. Por extrapolar o objeto de pesquisa neste estudo, opta-se em pinçar apenas uma decisão que relaciona de maneira interessante os temas ora estudados e os tais “preceitos fundamentais”.

Trata-se de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33-MC, j. 29.10.03, DJU 06.08.04, cujo teor é o seguinte:

“É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da argüição de descumprimento. Não há dúvida de que *alguns desses precei-*

³⁴ No entender de José Afonso da Silva (1995, p. 530): “Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a este e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais*”.

³⁵ Celso Ribeiro Bastos (2000) afirma que: “não deixam dúvidas quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais”.

tos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um ‘engessamento’ da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas ‘garantias de eternidade’, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que *eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por elas protegidos*. Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que *o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e então, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana*” (grifos nossos).

No trecho pertinente ao presente estudo, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que a

efetividade das “garantias de eternidade” será obtida mediante a hermenêutica, que será capaz de revelar os princípios constitucionais que guardam estreita vinculação com os princípios protegidos pelas cláusulas pétreas, ainda que não expressamente contemplados por elas.³⁶

5. A cláusula pétrea como limite material de reforma do Poder Constituinte Derivado

Inicialmente, impõe-se esclarecer uma breve distinção terminológica, na qual endossamos a conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, reputamos como correta a posição que, à luz de nosso direito constitucional positivo, considera que o Constituinte distinguiu as ‘emendas à Constituição’ e a ‘revisão’ como duas modalidades específicas de reforma constitucional”, tida como gênero daquelas.³⁷

³⁶ No mesmo sentido: “A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ assume, desde logo, uma dúlice função, já que protege os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção esta que, todavia, assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios naqueles conteúdos. Com efeito, de acordo com a lição da doutrina majoritária, as ‘cláusulas pétreas’ de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional. Neste sentido, é possível sustentar que as ‘cláusulas pétreas’ contêm, em verdade, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais. Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas ‘cláusulas pétreas’ não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido” (SARLET, 2003, p. 380).

³⁷ Tratando-se da realidade brasileira, o autor promove a distinção daquelas duas espécies pelo aspecto prático: “Mesmo não havendo limitação quanto ao número de emendas à Constituição, não nos parece que estas possam ser utilizadas como sucedâneo de uma revisão de caráter mais abrangente do texto constitucional. A revisão, modalidade excepcional

A liberdade de conformação da Constituição pelo legislador reformador é restrita, já que se submete às limitações que o impede de modificar a identidade da Constituição (núcleo essencial) e o obriga a mantê-la com a supremacia que lhe cabe na ordem jurídica nacional.³⁸ De fato, grosso modo, pode-se dizer que os limites ao poder de reforma constitucional são de três categorias: temporais (como aqueles previstos nos §§ 1º e 5º do art. 61 da Constituição), formais (exemplificados no art. 60, incisos I a III, §§ 2º e 3º) e materiais (previstos no § 4º do art. 60).³⁹

Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 134) coloca com precisão o desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma no contexto constitucional brasileiro:

“O grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma inter-

de alteração da Constituição, esgotou-se e pertence ao nosso passado, remanescendo tão-somente as emendas como instrumento de reformas da nossa Constituição formal” (SARLET, 2003, p. 365-367).

³⁸ Em outras palavras, convém ressaltar que: “Importa ter sempre presente a noção de que também no direito constitucional pátrio o Legislador, ao proceder à reforma da Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, encontrando-se sujeito a um sistema de limitações que objetiva não apenas a manutenção da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica decorrente de sua supremacia no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional” (SARLET, 2003, p. 368).

³⁹ São precisamente os limites materiais explícitos que nos interessam neste momento: “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 sorte 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”. Em síntese: “Verifica-se, portanto, que o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equacionamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição” (SARLET, 2003, p. 368 e ss.).

pretação das cláusulas superconstitucionais [pétreas] capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que asseguram o Estado de Direito e, fundamentalmente, de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia”.

A esse respeito, o autor identifica e distingue duas orientações “bastante antagônicas”: “Uma primeira neoliberalizante, e uma segunda que busca assegurar os avanços sociais reconhecidos pela Constituição”.⁴⁰

Vários outros preceitos constitucionais poderiam ser considerados como limitações materiais implícitas ao poder de reforma, como, por exemplo, destaca Adriano Sant’Anna Pedra (2006, p. 139-140): as normas que contêm os próprios limites explícitos ao poder de reforma constitucional, ou seja, o próprio § 4º do art. 60; a diminuição da competência dos Estados-membros, por violar o princípio federativo; a eventual permissão da perpetuidade de mandatos; as normas concernentes ao titular do poder constituinte, do poder reformador e as relativas ao processo da própria emenda; os fundamentos do Estado Democrático de Direito; o povo como fonte do poder; os objetivos fundamentais da nação; os princí-

⁴⁰ Em explicação, discorre que: “Por um lado, vê-se a necessidade de amplas reformas como uma maneira de permitir o ingresso do Brasil numa economia globalizada e altamente competitiva. Para esses setores há diversos aspectos referentes aos direitos sociais, previdenciários e ao papel do Estado, assegurados pela Constituição de 1988, que criam obstáculos à liberalização e ao conseqüente desenvolvimento econômico do País. Para esses reformistas os limites traçados pelas cláusulas superconstitucionais devem ser interpretados de maneira bastante restrita, principalmente no que se refere à admissibilidade de limitação de direitos trabalhistas e previdenciários”. Em distinção, ressalta que: “Por outro lado, uma interpretação extensiva da superconstitucionalidade é defendida como forma de bloquear reformas capazes de suprimir o cerne social-democrata da Constituição” (VIEIRA, 1999, p. 137-138).

pios das relações internacionais; os direitos sociais; a definição da nacionalidade brasileira; a autonomia dos Estados Federados e Municípios; a organização bicameral do Poder Congresso Nacional; a inviolabilidade dos parlamentares; as garantias dos juizes; a permanência institucional do Ministério Público; as limitações do poder de tributar; e os princípios da ordem econômica.

Em sentido aparentemente oposto, há quem sustente uma maior flexibilização das cláusulas pétreas, em razão da permanente tensão com o regime democrático, das rápidas transformações da Economia no cenário mundial atual, ou ainda, pela vinculação das gerações futuras, *verbis*:

“Não é difícil ver como o potencial de eficácia das Constituições extensas e programáticas, como a constituição brasileira de 1988, vem diminuindo, à luz da intensificação dos fluxos econômicos transnacionais e da desterritorialização das novas formas de produção. Ao exigir formas e procedimentos jurídicos mais flexíveis, a integração dos mercados e a formação de blocos comerciais reduziram o alcance dos poderes legislativo, administrativo e judicial, antes considerados exclusivos dos Estados, e diluíram a soberania nacional numa rede de foros internacionais e organismos multilaterais. Com isso, as regras daí advindas passaram a coexistir com as normas constitucionais, competindo entre si em diferentes âmbitos de validade material, espacial e temporal e obrigando os governos a rever seus ordenamentos jurídicos, para harmonizá-las”.⁴¹

⁴¹ Registre-se, ademais, que: “A globalização, com conseqüente internacionalização da oferta de crédito e aumento da volatilidade dos capitais, levou os mercados a substituírem a política como instância de regulação social. Assim, a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado foi posta em xeque, as margens de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais foram reduzidas e as políticas monetárias independentes foram esvaziadas. Em princípio, qualquer governo

Apesar de aparentemente opor-se aos trechos anteriormente destacados, verifica-se, pela conclusão da articulista, que ela pugna apenas por uma mudança na compreensão da própria noção de cláusula pétrea exatamente como destacamos no curso deste trabalho. Nesse sentido, ela pugna que “as cláusulas serão pétreas por integrarem o núcleo essencial e imodificável da Constituição, e não por uma disposição formal” (NOGUEIRA, 2005, p. 92).

É importante observar que eventual decisão do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, proferida no sentido da inconstitucionalidade de determinado dispositivo, pode ser superada pelo Congresso Nacional, “desde que a decisão do STF se baseie em norma constitucional que não ostente o *status* de cláusula pétrea”. Nesse caso, a decisão há de prevalecer justamente por se fundamentar na limitação material ao poder de reforma desrespeitado pelo Poder Constituinte Derivado.⁴²

poderia recusar-se a vincular suas decisões aos imperativos dos mercados globalizados, para preservar a independência na definição de sua agenda política. Porém, isso levaria a um isolamento financeiro, tecnológico e comercial, em face da crescente mobilidade dos fatores de produção, dos riscos de fuga em massa de capitais e das dificuldades de acesso a fontes de crédito” (NOGUEIRA, 2005, p. 87-88).

⁴² Nas palavras do autor: “Note-se que, se o art. 60 da CF/88 confere, claramente, ao Congresso Nacional, o poder de alterar as normas constitucionais (poder constituinte derivado), compete-lhe atualizar a Constituição, dispondo sobre a melhor configuração do direito constitucional positivo em dado momento histórico. Assim, não há óbice a que o Congresso aprove emenda constitucional que, através da alteração da norma constitucional que fundamentou decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei, disponha de modo contrário à jurisprudência deste Excelso Tribunal, desde que a decisão do STF se baseie em norma constitucional que não ostente *status* de cláusula pétrea. A possibilidade de o Congresso Nacional superar jurisprudência constitucional do STF não se verifica, todavia, quando o Supremo vislumbra a incompatibilidade de emenda constitucional com o teor de cláusula pétrea. Isto porque, nesta hipótese, sendo o fundamento normativo da decisão judicial limite material imposto pelo constituinte originário ao derivado, restará aos insubmissos tão-somente a aprovação de

6. As cláusulas pétreas e a vinculação de gerações futuras

Interessante questão jurídica que se coloca em torno dessa temática relaciona-se à vinculação (geralmente tida por ilegítima) de gerações futuras aos preceitos eleitos como imutáveis (ou petrificados) pelas cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

A questão que se coloca é saber até que ponto pode a orientação adotada por determinados cidadãos, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte – e, portanto, no exercício do Poder Constituinte Originário –, influenciados por certo momento histórico que vivenciaram, vincular o elevado poder de autogoverno do povo pelas gerações futuras.

A premissa básica desse questionamento surge com a verificação de que a realidade dinâmica subjacente ao texto constitucional pode modificar-se através dos tempos e, como decorrência disso, incumbe à Constituição adequar-se a essas evoluções sociais, culturais e políticas.

Rodrigo Brandão explica que “as cláusulas pétreas consistem apenas em um dos fatores que aumentam o grau de rigidez constitucional de um sistema, não se revelando, necessariamente, incompatíveis com a democracia”. De fato, variados outros fatores atuam nessa equação, como o autor demonstra.⁴³

nova Constituição, restando vedada a via da emenda constitucional” (BRANDÃO, 2007, p. 8-9).

⁴³ Ele critica a visão reducionista de entender a previsão de cláusulas pétreas como o governo dos mortos sobre os vivos: “Por fim, convém ressaltar o caráter reducionista de afirmar-se que o só-fato da previsão de cláusulas pétreas implicaria um governo dos mortos sobre os vivos. Com efeito, a aferição do grau de rigidez de um sistema constitucional concreto depende da análise conjunta de um amplo espectro de fatores, dentre os quais (i) a extensão e o detalhamento do texto constitucional, (ii) o grau de dificuldade do processo de reforma, (iii) a concepção de hermenêutica constitucional prevalecente na Suprema Corte, e (iv) a amplitude, a forma de descrição (regras e princípios) e a carga axiológica do rol de cláusulas pétreas, já que quanto (i) mais extenso e detalhado for o texto constitucional, (ii) mais difícil o processo

Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 378) coloca o problema da necessária tensão entre a permanência da Constituição e sua adaptabilidade à realidade nos seguintes termos:

“De concreto, resta, contudo, a pertinente preocupação com a petrificação da ordem constitucional, justificando a elaboração de propostas de cunho conciliatório, sustentando que as ‘cláusulas pétreas’ não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma da Constituição, já que é necessário alcançar-se certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade, não sendo exigível que as gerações futuras fiquem eternamente vinculadas a determinados princípios e valores consagrados pelo Constituinte em determinado momento histórico, o que, em outras palavras, significaria cancelar os temores de T. Jefferson no sentido de que os mortos pudessem, de certa forma, impor sua vontade aos vivos”.⁴⁴

Sob outra perspectiva, Oscar Vilhena Vieira destaca que: “Através das limitações constitucionais, as gerações futuras terão

de reforma, (iii) mais ativista for a jurisprudência constitucional da Suprema Corte, e (iv) mais abrangente, específico, e ‘amoral’ for o elenco de cláusulas pétreas, mais amplamente a vontade da geração atual estará vinculada às deliberações dos constituintes, e, via de consequência, mais se restringe a democracia” (BRANDÃO, 2007, p. 18)

⁴⁴ O autor prossegue ainda asseverando que: “Neste contexto, houve quem se posicionasse a favor da revisibilidade das cláusulas sobre os limites à reforma constitucional, desde que fosse viabilizada a participação direta do povo, na condição de titular do Poder Constituinte, neste processo, outorgando às reformas certo grau de legitimação. Todavia, cremos que também esta alternativa seja questionável, isto sem falar na ausência de previsão expressa a respeito na nossa Constituição, a despeito das sugestões formuladas por ocasião da discussão da revisão constitucional” (SARLET, 2003, p. 378). No mesmo sentido, embora mais bem explicado: VIEIRA, 1999, p. 66-68. Confira ainda: BRANDÃO, 2007, p. 7.

resguardados os seus direitos de se autogovernarem, frente às ameaças das gerações presentes de impor idéias absolutas que vinculem o futuro”.⁴⁵

Concluindo sua obra sobre o tema, o autor discorre que:

“Intepretadas adequadamente, as cláusulas superconstitucionais não constituirão obstáculo à democracia, mas servirão como mecanismos que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade e o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras”. (VIEIRA, 1999, p. 247)

A escolha do próprio destino de cada geração deve ser precedida pela necessária vinculação à permissão da continuidade e ao aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático nos eventuais momentos de reformulação da ordem constitucional. Nesse sentido, a interpretação adequada das cláusulas pétreas conduz ao aprimoramento do sistema democrático, e não à sua limitação ou restrição.

7. Conclusão

Ao longo deste breve trabalho, logramos destacar a complexidade do tema relacionado à abrangência dos chamados “direitos fundamentais” e sua imbricada correlação com as cláusulas pétreas que os protegem.

Por meio de lições doutrinárias e consagrados precedentes jurisprudenciais, destacaram-se relevantes aspectos acerca desses

⁴⁵ Em seguida, o autor complementa que: “O absolutismo das cláusulas superconstitucionais somente se justifica se for um absolutismo em torno das condições essenciais à autonomia presente e futura. Nesse sentido, devem ser habilitadoras das gerações futuras, favorecendo a perpétua possibilidade de escolha da melhor forma de organização constitucional” (VIEIRA, 1999, p. 226).

dois palpitantes temas jurídicos. Embora essas questões remanesçam controvertidas tanto na doutrina como também na jurisprudência, releva notar como o seu cerne posiciona-se principalmente no campo da definição dos direitos fundamentais.

Com efeito, a noção de cláusula pétrea é relativamente simples, se comparada ao conceito variável de “direito fundamental”. É precisamente aqui, nesta compreensão, que reside a controvérsia maior em torno da extensão e alcance da proteção dos direitos e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

Acresça-se a toda essa controvérsia a realidade cultural, política e social atualmente experimentada pelo País, que remanesce prisioneiro de interesses minoritários e opressivos. É verdade que, no longo percurso de civilização do País, importantes passos foram conquistados desde o advento da promulgação da Constituição “Cidadã”. Todavia, beirando os vinte anos de idade, esses mesmos compromissos assumidos naquela ocasião foram, em grande parte, flexibilizados e reconfigurados pelas (quase) sessenta emendas constitucionais que lhe modificaram o texto.

Diante do exposto, sustenta-se aqui a posição de que as cláusulas pétreas referidas no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal deve abranger todos os possíveis e imagináveis “direitos fundamentais” assegurados na Lei Maior. Possivelmente esse maior grau de rigidez tenha sido responsável pela manutenção do conteúdo essencial do texto constitucional. De fato, apesar do elevado número de modificações que sofreu, a Constituição permanece com o mesmo espírito dirigente, garantista e programático, no tocante às principais questões de relevo nacional, de quando foi promulgada. Nesse sentido, o cerne mantém-se preservado.

Expandir o âmbito de proteção das cláusulas pétreas – pela elasticidade da noção de “direitos fundamentais” –, longe de criar embaraços ao desenvolvimento,

à adaptação da Constituição a realidade subjacente e petrificar o autogoverno das gerações futuras, garante que a Lei Maior tenha realmente a centralidade merecida no ordenamento nacional, seja respeitada pelos demais ramos políticos e tenha os frequentes excessos e arbítrios restringidos pelo Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Com efeito, enquanto o restante do caminho civilizatório não for percorrido e o funcionamento das instituições nacionais não for regido pela efetiva preocupação com a *res publica*, impõe-se que, em contrapartida, as limitações constitucionais ao Poder Público sejam cada vez mais observadas e respeitadas.

Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. Ensaio sobre o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. *Revista de Processo*. ano 32, n. 147, p. 175-198. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória. *Revista Jurídica Virtual*. ano 1, n. 8. Brasília, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm>. Acesso em: fev. 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista*

Eletrônica de Direito do Estado (REDE), n. 10. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, abr./maio/jun. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: abr. 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *Revista de Informação Legislativa*. ano 42, n. 166, p. 79-93. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, abr./jun. 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação Legislativa*. ano 43, n. 172, p. 135-148. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out./dez. 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.