

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CLÁUSULA PÉTREA

Tiago Cappi Janini¹

Resumo: Este estudo destina-se a analisar o enunciado do inciso IV, do § 4º, do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil. Em sua redação literal são considerados cláusulas pétreas apenas os direitos e garantias individuais. A reforma da Constituição possui um procedimento específico que lhe impõe limites procedimentais, circunstanciais e materiais. Os limites materiais ao poder de reforma devem ser entendidos como mecanismos que objetivam garantir a identidade e a continuidade de toda a ordem constitucional. Nesse contexto, intenta-se demonstrar que o núcleo intangível da Constituição deve albergar todos os direitos fundamentais do ser humano, e não somente uma de suas espécies.

Resumen: Ese estudio se destina a analizar el enunciado del inciso IV, del § 4º, del artículo 60 de la Constitución de la República Federativa del Brasil. En su redacción literal son considerados cláusulas pétreas solamente los derechos y garantías individuales. La reforma de la Constitución posee un procedimiento específico que le impone límites procedimentales, circunstanciales y materiales. Los límites materiales impuestos al poder de la reforma deben ser comprendidos como mecanismos que objetivan garantizar la identidad y la continuidad de toda la orden constitucional. En ese contexto, se pretende demostrar que el núcleo intangible de la Constitución debe albergar todo los derechos fundamentales del ser humano, y no solamente una de sus especies.

Palavras chaves: Direitos fundamentais – cláusula pétreia – limite material ao poder de reforma.

Palabras claves: Derechos fundamentales – cláusula pétreia – límite material al poder de reforma.

Introdução

Com o advento do movimento do *neoconstitucionalismo*, os direitos fundamentais ganharam um maior destaque dentro da ordem constitucional. Diversos

¹ Bolsista CAPES no Programa Nacional de Pós Doutorado (PNPD), realizado na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC/SP.

debates elevaram-nos a direitos de aplicabilidade imediata, não apenas nas relações entre particulares e o Estado, mas também nas relações entre os particulares. A importância dos direitos fundamentais fica evidente ao se observar a inclusão dos *direitos e garantias individuais* como cláusula pétrea, isto é, integrante do núcleo perpétuo da Constituição Federal.

Nesse cenário, surge a indagação: incluem-se como cláusula pétrea apenas os *direitos individuais* ou ela alberga todas as espécies de *direitos fundamentais*? Restringir a imutabilidade apenas aos direitos individuais significa admitir a possibilidade de uma Emenda à Constituição cujo conteúdo venha abolir direitos sociais, direitos coletivos, direitos políticos ou direitos de nacionalidade.

Eis o objetivo deste estudo: identificar o teor da expressão *direitos individuais* presente no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF. Preocupa-se, com isso, em elevar todos os direitos fundamentais à condição de limites materiais ao poder de reforma, e não restringir a impossibilidade de abolição apenas a uma de suas espécies.

Para tanto, propõe-se analisar a doutrina bem como a jurisprudência do STF que versam acerca do tema.

1 O poder constituinte e o poder de reforma

A expressão *poder constituinte* é usada para designar a capacidade que uma determinada autoridade política possui para instituir uma constituição. Nos dizeres de Nelson Saldanha (1986, p. 65), “é a aptidão ou oportunidade de estabelecer uma constituição”.

Tradicionalmente, subdivide-se o poder constituinte, conforme o ato de produção das normas constitucionais, em originário e derivado. Será originário ao instaurar uma nova ordem jurídica, sem vínculo com a que lhe antecedia. Michel Temer (1998, p. 33) esclarece que sua finalidade é criar o Estado, que só existe a partir da constituição:

Ressalte-se a ideia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente.

Como o próprio nome indica, o poder derivado decorre do originário e sua função é a reforma da constituição ou a elaboração das constituições dos Estados-membros. Para fins deste estudo, importa o poder derivado reformador, deixando-se de lado o decorrente.

José Afonso da Silva distingue entre a mutação constitucional e a reforma constitucional. A primeira forma de alteração consiste em um processo não formal, que ocorre por via da tradição, dos costumes, das alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação constitucional. Já a reforma é um processo formal de mudança realizada por meio da atuação de certos órgãos, cumprindo algumas formalidades estabelecidas pelo próprio texto constitucional (1988, p. 63-4).

Nelson Saldanha, todavia, adverte que o poder constituinte não se confunde com o poder de reforma. Não são espécies. Cada um é utilizado para designar uma determinada situação: fazer a constituição e emendá-la são coisas distintas. Desse modo, não admite o uso da expressão *poder constituinte derivado*, pois as reformas constitucionais equiparar-se-iam aos atos constituintes. Assim esclarece:

A reforma não coloca nenhuma Constituição, mantém uma já feita. O poder de reforma é por assim dizer um poder cirúrgico, um poder 'reconstituente', pois apenas *refaz* uma Constituição feita. É quando muito um poder demiúrgico, e só parcialmente, pois não pode mexer em todas as partes da Constituição existente; nunca um poder criador (1986, p. 87, grifo do original).

A Constituição não pode ser um texto imodificável. Adotar a tese da imutabilidade constitucional, escreve Paulo Bonavides (2011, p. 196-7), "equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises". Essa permissão, todavia, não pode ser livre, a ponto de permitir uma ruptura total da ordem constitucional. Em suma, deve haver a possibilidade de atualização da Constituição para evitar seu descompasso com a realidade social, mas, ao mesmo tempo, essa reforma não pode ser ampla nem ilimitada que venha causar a destruição da ordem constitucional; há de proteger os seus elementos essenciais e seus objetivos fundamentais.

Conforme Raul Machado Horta, o poder de reforma está "subordinado ao poder constituinte originário, que é o responsável pela sua introdução no texto da Constituição e autor das regras que condicionam o seu aparecimento e disciplinam sua atividade normativa" (1995, p. 117). Conclui-se que a possibilidade de reforma da

Constituição é outorgada pelo poder constituinte originário e só pode ser concretizada nos moldes por ele impostos.

Desse modo, a alteração dos dispositivos constitucionais tem de seguir um procedimento peculiar, com regras específicas mais rígidas. É por meio da “emenda à constituição” que se concretiza o exercício do poder reformador. Enquanto o poder constituinte originário costuma ser caracterizado como incondicionado, autônomo e ilimitado, o reformador é juridicamente limitado, sujeito, portanto, ao teor do art. 60 da CF. Assim, só estão autorizados a apresentar propostas de emendas um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou o Presidente da República ou mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

O seu procedimento de votação é qualificado, exigindo a sua discussão e votação em cada Casa do Congresso em dois turnos, e sua aprovação requer os votos de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Essa custosa forma de alteração, que exige processos mais difíceis do que os de formação das leis ordinárias e complementares, é requisito para qualificar a constituição como rígida. Dessa rigidez emana o princípio da supremacia da constituição, que a “coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos” (SILVA, 1998, p. 47).

Aprovada, a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem, sem a necessidade da sanção presidencial.

Além desse rígido procedimento, as emendas ainda sofrem uma limitação circunstancial: a Constituição não poderá ser alterada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º, CF). Nessas hipóteses, mesmo observado o rito acima descrito, não será possível modificar o texto constitucional.

Há, ainda, as limitações materiais. O art. 60, § 4º da CF estabelece a impossibilidade de emendas à constituição cujo conteúdo venha a abolir (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; e (iv) os direitos e garantias individuais. São as famosas cláusulas pétreas.

Dentre essas limitações, destacam-se os direitos e garantias individuais. É explícito no texto constitucional que os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de emendas à constituição que tendem a aboli-los. Porém, a intenção aqui é compreender o alcance da expressão *direitos e garantias individuais*, ou seja, quais os direitos fundamentais que não podem ser retirados do texto constitucional.

2 Emendas à constituição inconstitucionais

Antes de se ingressar na análise do inciso IV presente no § 4º do art. 60 da CF, é interessante mencionar que as emendas à constituição podem ser declaradas inconstitucionais, apesar de introduzirem normas de caráter constitucional, quando não observarem as limitações formais, circunstanciais e materiais prescritas no texto constitucional.

A doutrina defende a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas à constituição (SILVA, 1998, p. 70). Assim, a modificação constitucional realizada em desrespeito ao procedimento estabelecido ou que trate de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade, estando, portanto, sujeita ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que uma emenda à constituição pode ser inconstitucional: “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição” (ADI 939, Relator Ministro Sydney Sanches, tribunal pleno, julgado em 15/12/1993). Desse modo, em face do sistema constitucional brasileiro, o STF é competente para examinar a constitucionalidade de emendas destinadas a reformar a Constituição. Eis o que já disse o tribunal acerca do tema: “as normas de uma emenda constitucional, emanadas, que são, de constituinte derivada, podem, em tese, ser objeto de controle, mediante ação direta de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, quando confrontadas com normas elaboradas pela assembleia nacional constituinte (originária)” (ADI 926 MC, Relator Ministro Sydney Sanches, tribunal pleno, julgado em 01/09/1993).

Nesse sentido, se houver uma emenda à constituição cujo teor tenda a abolir algum dos direitos e garantias individuais, ela não deverá passar pelo crivo do STF, que deverá declará-la inconstitucional.

3 A evolução dos direitos fundamentais

Uma das diversas características dos direitos fundamentais apontada pela doutrina é a sua *historicidade*, indicando que são “resultado de um processo de conquistas de alforrias humanitárias, em que a proteção da dignidade humana prosseguia ganhando, a cada momento, tintas mais fortes” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 142). São direitos que vão se fortalecendo com o decorrer dos anos, ganhando, a cada momento histórico, novos contornos.

No final do século XVIII aparecem os primeiros textos que enunciam e garantem direitos fundamentais. A Declaração de Direitos dos Estados Unidos em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão redigida na França em 1789 são o marco do nascimento dos direitos fundamentais. Enunciavam direitos como a liberdade, a igualdade, a propriedade, a liberdade de religião e proteções contra a repressão penal.

Passo seguinte foi a integralização desses direitos fundamentais nos corpos das constituições; transpassa-se de uma universalidade abstrata para uma material e concreta. A Constituição do Império do Brasil de 1824 teria sido a primeira que enunciou os direitos e garantias fundamentais do ser humano (SILVA, 1998, p. 171). Daí por diante, as constituições começaram a trazer um capítulo em que estão positivados os direitos fundamentais, procurando assegurar sua efetividade.

A necessidade de inserir na ordem jurídica positiva os direitos fundamentais permite observá-los em gerações. Alguns autores preferem utilizar *dimensão* dos direitos fundamentais ao invés de *geração*; isso porque o termo *geração* pode levar a incorreta compreensão de que os direitos fundamentais indicados em uma geração, conforme sua evolução, substituem a passada, excluindo-a. Dimitri Dimouli e Leonardo Martins além de apontarem os problemas da palavra *geração*, criticam o uso de *dimensões*, porquanto designa dois ou mais componente do mesmo fenômeno ou elemento, e recomendam os termos *categorias* ou *espécies* de direitos fundamentais (2008, p. 35-6).

A primeira geração indica os direitos da liberdade, com foco no indivíduo, cuja finalidade é protegê-lo contra os abusos e arbitrariedades do Estado. São, portanto, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

No século XX predominam os direitos de segunda geração. Além dos direitos da liberdade, passam a integrar o rol dos direitos fundamentais os direitos que visam a garantir a igualdade entre indivíduos, em especial os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos, decorrentes da aparição do Estado social, que apareceu por obra da ideologia e reflexão antiliberal do século XX (BONAVIDES, 2011, p. 564).

A terceira geração dos direitos fundamentais toma corpo no final do século XX, como direitos que se destinam a proteção dos interesses de um grupo ou de um determinado Estado. São direitos relacionados à fraternidade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação.

Paulo Bonavides vai além, identificando os direitos de quarta e quinta geração. São de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, que surgem da globalização dos direitos fundamentais (2011, p. 570 e seguintes). A quinta geração dos direitos fundamentais corresponde à concepção da paz no âmbito da normatividade, elevando-a à categoria de norma (2011, p. 579 e seguintes).

Desse modo, os direitos fundamentais englobam todas as gerações ou dimensões. Em outras palavras, dentro da classe *direitos fundamentais*, há outras subdivisões, que permitem identificar esses direitos conforme o momento histórico que ganharam força e reconhecimento no sistema positivo constitucional. Ainda existe a identificação desses direitos relacionados com grandes valores, como a liberdade, igualdade e fraternidade. São, portanto, espécies de direitos fundamentais, os direitos individuais, os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos da coletividade.

5 A expressão *direitos e garantias individuais* no art. 60, § 4º, IV da CF

O § 4º do art. 60 da Constituição aponta quais são as cláusulas que não podem ser abolidas do texto constitucional. São limitações materiais ao poder de reforma. O inciso IV prescreve que os direitos e as garantias individuais integram esse núcleo

intangível. Porém, surge a dúvida sobre quais são os direitos que efetivamente fazem parte desse rol.

Num primeiro momento, indaga-se se os direitos e garantias individuais qualificados como cláusulas pétreas são apenas aqueles elencados no art. 5º, que integra o Capítulo I, do Título II da Constituição denominado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Na verdade, os direitos e garantias individuais estão pulverizados por todo o texto constitucional, não se restringindo ao seu art. 5º. Até mesmo, porque o próprio § 2º, do art. 5º admite outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Humberto Ávila esclarece que

mesmo que os direitos não estejam previstos no Título II da Constituição, que regula os direitos e garantias individuais, eles estão incluídos na proibição de modificação se forem decorrentes do regime dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, CF) (2006, p. 110).

O STF já reconheceu que outros direitos e garantias individuais situados em dispositivos distintos do art. 5º também estão albergados pela proteção material conferida pelo art. 60, § 4º da CF. Já está assentado que o princípio da anterioridade tributária integra o rol dos direitos e garantias individuais e, por isso, não pode deixar de ser observado pelo poder reformador: “A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado” (RE 587.008, Relator Ministro Dias Toffoli, tribunal pleno, julgado em 02/02/2011; em sentido semelhante: ADI 939, Relator Ministro Sydney Sanches, tribunal pleno, julgado em 15/12/1993).

Sucedem que a problemática não se resolve aí. A questão que se coloca é se os *direitos e garantias individuais* devem ter uma interpretação restrita ou, ao contrário, se devem ser compreendidos como todos os direitos fundamentais do ser humano.

Caso admitam-se como integrantes do núcleo imodificável da CF apenas os direitos e garantias individuais, excluir-se-iam da perpetuidade os direitos sociais, os direitos culturais, os direitos econômicos e os direitos coletivos. A limitação material ao poder de reforma constitucional albergaria apenas os direitos de primeira geração. Nesse caso, poderia acontecer o paradoxo de se admitir a abolição do mandado de segurança

coletivo (art. 5º, LXX, da CF), por não ser uma garantia individual, ou até mesmo dos direitos de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF). Ainda haveria a possibilidade de exclusão dos direitos do trabalhador previstos no art. 6º da CF.

Esse problema decorre principalmente da pouca atenção que os juristas dão para uma característica essencial do direito: a de ser texto. Palavras vagas e ambíguas surgem a todo instante no discurso jurídico-científico e o intérprete nem se preocupa em tentar elucidá-las. Genaro Carrió já advertiu que muitas das disputas entre juristas decorrem da não precisão do sentido das palavras utilizadas. Assim, em virtude de as palavras não possuírem um único significado, a contradição entre as teses que não se atentam para o sentido dos termos usados são verdadeiros “monumentos à esterilidade” (2011, p. 96). Além de debates estéreis, essa falta de apego aos aspectos linguísticos aparenta autorizar o cientista do direito a criar as mais diversas interpretações jurídicas, sem analisar as contradições e falácias que daí podem decorrer.

Paulo de Barros Carvalho já alertou para o problema da linguagem do legislador. As casas legislativas são compostas por indivíduos de diversas formações culturais. Assim, ao produzirem os textos legais, inclusive a Constituição, os legisladores se valem de linguagem técnica que “se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas” (2013, p. 33). Não é um trabalho científico, rigoroso, com a aplicação de uma linguagem precisa. Por isso, muitas vezes encontram-se erros, atecniais e ambiguidades nos textos normativos.

A confusão inicia-se com a terminologia *direitos fundamentais*, uma vez que não é a única que os designam. José Afonso da Silva apresenta as seguintes como sinônimas: *direitos naturais*, *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas* e *direitos fundamentais do homem* (1998, p. 179). Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apontam outros termos, incluindo *liberdades individuais*, *liberdades públicas*, *liberdades fundamentais*, *direitos humanos*, *direitos constitucionais*, *direitos públicos subjetivos*, *direitos da pessoa humana*, *direitos naturais* e *direitos subjetivos* (2008, p. 53).

Observa-se que se considera, muitas vezes, as expressões *direitos fundamentais* e *direitos individuais* como sinônimas e não como gênero e espécie. Nesse caso, pode-se pensar que o constituinte optou por *direitos individuais* quando na verdade deveria ter utilizado *direitos fundamentais*, ao descrever uma das espécies de limitações

materiais ao poder reformador. Não seria um caso isolado de impropriedade no texto constitucional. O § 7º do art. 195 da CF estabelece que “São *isentas* de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. Ora, bem se sabe que o termo que deveria ter sido empregado no lugar de *isentas* é *imunes*, uma vez que as normas jurídicas constitucionais que auxiliam no desenho das competências tributárias são conhecidas cientificamente como *imunidade*, e a *isenção* de tributos se dá no plano da legislação ordinária.

Percebe-se, portanto, que é comum os textos normativos apresentarem palavras e expressões ambíguas e vagas e, além mesmo, equivocadas. Cabe ao intérprete depurar o conteúdo dos termos empregados pelo legislador. É somente com o esforço hermenêutico que se identificará o efetivo conteúdo das cláusulas pétreas, em especial, dos *direitos e garantias individuais*.

A possibilidade de se emendar uma Constituição é incompatível com sua ruptura. A emenda é “processo de alteração material sem a erosão dos fundamentos da Constituição” (HORTA, 1995, p. 124). O poder de reforma não tem como finalidade ruir o sistema constitucional e, sim, preservar a sua continuidade assegurando a manutenção de seus princípios fundamentais. Eis o objetivo dos limites materiais.

As possibilidades de se alteração constitucional, seja formal seja interpretativa, deve, portanto, “sempre respeitar o sentido da Constituição que se revela através dos seus princípios estruturantes, com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana materialmente apreendido” (FACHIN, 2013, p. 48).

Os *direitos fundamentais* são aqueles essenciais para garantir uma vida digna ao ser humano. Dentro desse conjunto podem-se listar os direitos individuais, os direitos coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos, os direitos econômicos. Assim, os *direitos individuais* seriam uma espécie do gênero *direitos fundamentais*. Ao se fazer uma interpretação extremamente literária no teor do art. 60, § 4º, IV da CF, seriam cláusulas pétreas apenas os direitos individuais, excluindo-se os demais, inclusive os direitos sociais, coletivos, de nacionalidade, etc. Diante de tal conclusão, seria válida uma Emenda Constitucional que abolisse, por exemplo, os direitos dos trabalhadores descritos no art. 7º da CF.

Parece, porém, que não é essa a proposta das limitações materiais às emendas

constitucionais. Ingo Sarlet, com escólio na doutrina de Carl Schmit, explica que qualquer reforma do texto constitucional deve preservar sua identidade e continuidade, e, nesse caso, os limites materiais exercem “função de cunho protetivo, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, para, além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais” (2003, p. 84).

Percebe-se que os limites materiais têm como função precípua manter a identidade da constituição, protegendo o seu núcleo essencial, seus objetivos e seus princípios fundamentais. A Assembleia Constituinte reuniu-se para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, conforme prescreve o preâmbulo do texto constitucional.

Tão grande é a importância dos limites materiais que Oscar Vilhena Vieira lhe outorga caráter de superconstitucionalidade, ou seja, “um conjunto de princípios e normas constitucionais hierarquicamente superiores aos demais dispositivos da Constituição” (1999, p. 135). Seriam normas em posição hierárquica superior às demais normas da Constituição. Além de funcionarem como barreira às alterações constitucionais, o autor destaca que essas cláusulas superconstitucionais podem atuar como princípios fundamentais de interpretação constitucional (1999, p. 135).

Ora, seria um sem sentido incluir apenas os direitos individuais como cláusulas pétreas e deixar em aberto a possibilidade de abolição dos direitos sociais, dos direitos coletivos, dos direitos políticos e dos direitos de nacionalidade. Os direitos fundamentais integram os princípios fundamentais da Constituição; são elementos essenciais da ordem constitucional. Perpétuos, portanto.

Elucida Ingo Sarlet que a supressão dos direitos fundamentais, ainda que tendencial, “fatalmente implicaria agressão (em regra e com intensidade variável) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da nossa Constituição)”. Conclui, logo em seguida, que não deve haver uma interpretação reducionista dos limites materiais expressos, especialmente em relação aos direitos fundamentais, que inequivocamente integram o cerne da Constituição (2003, p. 94).

Paulo Bonavides defende que os direitos sociais integram as cláusulas pétreas.

Fundamenta sua posição ao associar os direitos sociais como instrumento para garantir uma sociedade livre, justa e solidária, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no art. 3º da CF. Além do mais, os direitos sociais servem para otimizar redução das desigualdades sociais, princípio geral da atividade econômica previsto no art. 170, VII, da CF (2011, p. 657).

Por isso, entende-se que a interpretação do art. 60, § 4º, IV, deve ser realizada compreendendo todos os direitos fundamentais do ser humano, e não apenas restringindo-a a uma única espécie: os direitos individuais. Trata-se, portanto, de uma atecnia cometida pelo legislador constituinte, que utilizou a expressão *direitos individuais* no lugar de *direitos fundamentais*. Admitir a abolição dos direitos sociais, dos direitos coletivos, dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos ocasionaria a destruição da identidade do sistema constitucional imposto pela Assembleia Constituinte ao promover o texto da Constituição Federal.

Poderia se pensar que uma interpretação ampla da expressão *direitos individuais*, incluindo como cláusulas pétreas todos os direitos fundamentais, levaria a um total engessamento do poder reformador, já que o seu rol é vastíssimo dentro do texto constitucional. Nessa hipótese, há de se lembrar de que a proibição é de emendas à Constituição cujo conteúdo venha a abolir os direitos fundamentais. Nesse sentido, o STF já se decidiu que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (ADI 2024, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, tribunal pleno, julgado em 03/05/2007). Nada impede que se realizem alterações na Constituição a respeito dos direitos fundamentais. É o que foi feito, por exemplo, com a Emenda Constitucional n. 72 de 2013, que aumentou os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores domésticos. O problema encontra-se na sua exclusão da ordem constitucional.

Não se encontrou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma linha decisória que permitisse identificar claramente o seu posicionamento diante o tema. Frente a alguns julgados realizados pelo guardião da Constituição, é possível indicar uma tendência de seu posicionamento caso venha a tratar do assunto.

Especificamente, o STF reconheceu os direitos políticos como cláusulas pétreas:

O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. **Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las.** O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. (RE 633.703, Relator Ministro Gilmar Mendes, tribunal pleno, julgado em 23/03/2011, sem grifo no original).

Nesse Recurso Extraordinário discutia-se, em suma, a aplicação da Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, já nas eleições de 2010. O STF decidiu que, em razão do princípio da anterioridade eleitoral, sua aplicabilidade dar-se-ia somente nas eleições seguintes. Embora não se tratasse de uma decisão em controle de constitucionalidade de Emenda Constitucional, uma das conclusões apresentadas no voto do Ministro Gilmar Mendes, que analisou toda a jurisprudência do STF acerca do princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da CF, é que ele constitui uma garantia fundamental do eleitor, do candidato e dos partidos políticos, qualificada como cláusula pétrea.

Já com relação às demais espécies de direitos fundamentais, tais como os direitos sociais, os direitos coletivos e os direitos de nacionalidade, não há decisão expressa, nos moldes acima descritos.

Em outro momento, o STF identificou que os “direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição (art. 60, § 4º)” (Ext. 986, Relator Ministro Eros Grau, tribunal pleno, julgado em 15/08/2007), sendo, desse modo, ilegítima qualquer alteração constitucional que tenda a suprimi-los. Observem que a inclusão no rol da imutabilidade constitucional foi dos direitos fundamentais e não um de suas espécies.

Por fim, deve-se consignar que o Ministro Octavio Gallotti, em seu voto na medida cautelar da ADI 939, entendeu que os direitos e garantias perpetuadas pelo art. 60, § 4º, IV da CF são somente aqueles enumerados nos setenta e sete² incisos do art. 5º do texto constitucional. No mesmo processo, o Ministro Francisco Rezek, em razão de a Constituição Federal de 1988 ser abrangente e, inclusive, tratar de assuntos não

² Atualmente são setenta e oito incisos no art. 5º da CF, sendo que a EC 45 de 2004, posterior ao voto do Ministro Octavio Gallotti, incluiu o inciso LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

necessariamente constitucionais, uma ampliação das cláusulas pétreas geraria uma limitação excessiva ao poder de emenda.

Assim, percebe-se que o STF não enfrentou diretamente a matéria, para determinar o exato conteúdo da expressão *direitos individuais* prevista no art. 60, § 4º, IV da CF. Porém, em alguns julgados, como os citados acima, o tribunal tangenciou o entendimento que a sua interpretação tem de ser ampla, sempre no sentido de garantir a identidade e continuidade da Constituição, apesar de que em alguns votos esparsos houve entendimento pela restrição das cláusulas pétreas.

Conclusão

O poder de reforma, derivado do poder constituinte originário, encontra, no texto constitucional, limites procedimentais, circunstanciais e materiais que balizam a produção das emendas à constituição. Observa-se que o texto constitucional não é imodificável, mas há regras a seguir quando se desejar alterá-lo. A produção de uma emenda à constituição que afrente quaisquer desses limites estará sujeita ao controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Os limites materiais, conhecidos como cláusulas pétreas, elencam os temas que não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los. Dentre os incisos que enumeram o núcleo intangível da Constituição Federal, destaca-se o inciso IV, do § 4º, do art. 60, que assegura aos *direitos e garantias individuais* o caráter de perpetuidade no texto constitucional. Assim, não se admitem emendas constitucionais que tendem a retirá-los da ordem constitucional.

Procurou-se demonstrar, todavia, que a expressão *direitos individuais* deve ser interpretada de forma ampla, albergando todos os direitos fundamentais do ser humano e não apenas uma de suas espécies. Admitir que apenas os direitos individuais do art. 5º da CF integram as cláusulas pétreas significaria aceitar emendas à constituição que abolissem os direitos coletivos, os direitos sociais, os direitos políticos e os direitos de nacionalidade.

Percebe-se que os limites materiais têm como função precípua manter a identidade da constituição, protegendo o seu núcleo essencial, seus objetivos e seus princípios fundamentais. Ora, todas as espécies de direitos fundamentais são essenciais

para assegurar os valores constitucionais, motivo pelo qual deve ser enquadrados como impossíveis de exclusão do exto constitucional.

Desse modo, defende-se que a cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, inciso IV da CF abranja todos os direitos fundamentais do ser humano, aí incluídos os previstos no art. 5º da CF, bem como os direitos sociais, dos direitos políticos, os direitos de nacionalidade e os direitos coletivos.

Referências bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Povo e poder reformador: premissas de legitimidade. **Revista Argumenta**. Jacarezinho/PR, n. 6, p. 42-54, fev. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/57/57>. Acesso em: 29 Jul. 2014.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ROBLES, Gregorio. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. Barueri/SP: Manole, 2005.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Cadernos de direito**. v. 03, n. 05, p. 78-97, jul./dez. 2003. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/828/355>. Acesso em: 17 Jul. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1998.

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