

# **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I**

**CAIO AUGUSTO SOUZA LARA**

**ZULMAR ANTONIO FACHIN**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-711-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

**QUAIS DIMENSÕES DE DIREITOS E DE GARANTIAS SÃO CLÁUSULAS  
PÉTREAS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO? UMA REVISÃO DA  
LITERATURA CONSTITUCIONALISTA E UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA**

**WHAT DIMENSIONS OF RIGHTS AND GUARANTEES ARE STONY CLAUSES  
IN BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM? A REVIEW OF THE  
CONSTITUTIONALIST LITERATURE AND AN INTERPRETATIVE PROPOSAL**

**João Vitor Cruz de Castro <sup>1</sup>**  
**João Maurício Leitão Adeodato <sup>2</sup>**

**Resumo**

Mediante pesquisa do tipo exploratória, com procedimento técnico bibliográfico e por meio do instrumento metodológico observatório-indutivo, valendo-se basicamente da literatura jurídica afeta à problemática levantada, vale dizer, constitucionalista, a pesquisa originária deste artigo buscou substancialmente investigar e responder a uma dúvida tocante ao artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, qual seja, a abrangência desse dispositivo relativamente às dimensões de direitos e de garantias fundamentais. Para tanto, enquanto pressupostos desse problema de pesquisa, primeiro se estudou (a) as dimensões de direitos e de garantias fundamentais, a sua evolução constitucional ao longo da história e a sua positivação em tal constituição federal, bem como (b) as principais balizas conceituais das cláusulas pétreas, considerando-se se tratar de instituto de direito constitucional que defere uma proteção especial a determinados preceitos normativos constitucionais. Assim, observou-se a existência de duas correntes relativas à abertura epistemológica de referido dispositivo, uma (i) ampliativa e uma (ii) restritiva, de modo que, compulsando-se os fundamentos de ambas, esta última se afigurou mais razoável e ponderável, motivo pelo qual foi sustentada neste trabalho. No mais, em sede de considerações finais, tentou-se explicar o porquê de aludida divergência doutrinária, ao passo em que se reforçou a insustentabilidade da vertente (i) ampliativa.

**Palavras-chave:** Direitos, deveres e garantias fundamentais, Dimensões, Cláusulas pétreas, Artigo 60, § 4º, iv, da constituição federal de 1988, Abrangência epistemológica

**Abstract/Resumen/Résumé**

Through exploratory research, with a technical bibliographic procedure and through the observatory-inductive methodological instrument, basically using the juridical literature related to the problem raised, which is, the constitutionalist one, the research that originated

---

<sup>1</sup> Mestrando em direitos e garantias constitucionais fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Bacharel em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8071439307473875>. E-mail: [joao-vitor-cruz@hotmail.com](mailto:joao-vitor-cruz@hotmail.com).

<sup>2</sup> Doutorado e livre docente em Direito pela USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt. Professor da FDV e da Faculdade Damas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>.

this article sought substantially to investigate and answer a question regarding the article 60, § 4, IV, of the Federal Constitution of 1988, that is, the scope of this device in relation to the dimensions of fundamental rights and guarantees. To do so, as assumptions of this research problem, first it was studied (a) the dimensions of fundamental rights and guarantees, their constitutional evolution throughout history and their positivization in the referred federal constitution, as well as (b) the main landmarks concepts of the “stony clauses”, considering that they are a constitutional law’s concept that grants a special protection to certain constitutional normative precepts. Thus, it was observed the existence of two currents related to the epistemological opening of the aforementioned device, a (i) broad and a (ii) restrictive one, so that, compelling the foundations of both, the latter one appeared to be more reasonable and ponderable, which is why it was supported in this work. In addition, in the ambit of final considerations, it was tried to explain the reason behind referred doctrinal divergence, while it was enforced the unsustainability of the (i) broad strand.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, duties e guarantees, Dimensions, Stony clauses, Article 60, § 4, iv, of the brazilian federal constitution of 1988, Epistemological openness

## **1. Introdução: as dimensões de direitos fundamentais, o seu evolucionismo e a sua positivação no direito constitucional brasileiro e as cláusulas pétreas enquanto dispositivos normativos de status supraconstitucional**

É isento de dúvidas que o debate acerca dos direitos e garantias fundamentais é dos mais fervorosos e atuais, inclusive no Brasil.

O status de *fundamental* emana de uma opção do direito constitucional de que se trata, vale dizer, decorre de uma específica categorização, feita por determinada constituição federal, de quais preceitos constitucionais (nos quais se incluem as categorias de direitos, de deveres e de garantias) receberão a pecha, a graduação especial de fundamentais, ou seja, essa definição decorre de dispositivos constitucionais.

Ao mesmo tempo, é possível, à luz do direito comparado, chegar a uma conclusão muito simples: algumas gamas de direitos e de garantias fundamentais são mais densas e abrangentes do que outras, ou seja, abraçam um maior número de direitos e de garantias que outros sistemas constitucionais.

Prova dessa diversidade constitucional é a evolução das constituições nacionais ao longo do tempo, o que se percebe facilmente ao se auscultar as primeiras delas e as suas respectivas conjunturas políticas e as comparar com as atuais. Constata-se nítida mutação da densidade de direitos e de garantias fundamentais, em uma espécie de processo cumulativo, em constante transformação.

É o que expõe Ingo Sarlet, em volume de revista científica que versa justamente sobre a taxonomia das dimensões de direitos. Segundo ele – e essa parece uma perspectiva uníssona na doutrina –, um dos primeiros movimentos históricos carreadores de um sentimento constitucional e, ao mesmo tempo, positivador de direitos e de garantias fundamentais, foi a Revolução Francesa (SARLET, 2016).

Esses direitos dizem respeito essencialmente às liberdades civis e políticas, pensadas sob o desiderato de proteção do indivíduo, do cidadão, compreendido em sua singularidade, e não em um conjunto (em uma coletividade). Assim, a título de exemplificação, foram consolidados na Constituição Francesa de 1791, a qual, por sinal, incorporou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – outro marco normativo daquele contexto histórico revolucionário –, direitos e garantias de aceção (supostamente) individuais, como: a liberdade de ir e de permanecer; a liberdade de expressão e de publicação de seus pensamentos; a liberdade de reunião; a liberdade religiosa; o direito de propriedade; o direito à legalidade

(normalmente concebido como *princípio da legalidade*) (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 1791).

Em síntese, foi no contexto de insurgência e de destituição do Antigo Regime monárquico que se consubstanciou a *1ª dimensão* de direitos, de deveres e de garantias fundamentais, a qual tinha/tem como principal desiderato provocar oposição ao Estado, até então absolutista, e certo abstencionismo de sua parte, em favor dos direitos relacionados à *liberdade lato sensu*. Por sinal, isso explica porque essa liberdade é, nesse contexto, concebida sob a acepção *negativa*, apenas.

No direito constitucional brasileiro, por sua vez, essa gama de preceitos normativos está consagrada no art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 (BRASIL, 1988).

Destarte, em notória progressividade dessa malha normativa, vieram à tona os direitos, os deveres e as garantias fundamentais de *2ª dimensão*.

Esses, por seu turno, principalmente decorreram das transformações sociais advindas da nova realidade industrial por que o mundo passava sobretudo no século XIX, conjuntura essa que demandou do Estado um espectro de proteção grupal, coletivizador, capaz de tutelar grupos até então insuficientemente protegidos sob a égide tão-somente da *1ª dimensão*. Com isso, os preceitos jurídicos concernentes à *2ª dimensão*, de naturezas sobretudo social, econômica e trabalhista, tiveram/têm por grande objetivo reclamar prestações positivas e intervenções estatais, com vistas à promoção da igualdade material (vale dizer, da *liberdade positiva*), da distribuição de renda e da justiça social/distributiva (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Com efeito, foram positivados na Constituição Federal brasileira de 1988 nos arts. 6º a 11 (BRASIL, 1988).

Já em um terceiro marco paradigmático, emergente de um contexto pós-guerras e no qual o mundo vivenciou um sem-número de aberrações jurídicas, de genocídios e de ultrajes à humanidade a nível global, a *1ª* e a *2ª dimensão* se afiguraram insuficientes.

A partir dessa conjuntura, sobressaíram-se os valores, assim nomeados pela doutrina auscultada, da *solidariedade* e da *fraternidade*, os quais consolidaram a então chamada *3ª dimensão* de direitos, de deveres e de garantias fundamentais, marcada, como este autor entende, pelos direitos, de ordem *transindividual/metaindividual*: ao desenvolvimento e ao progresso da humanidade; à paz; à autodeterminação dos povos; ao meio ambiente; e à democracia (PEREIRA, 2013). Sob esses moldes gerais é que se pode afirmar que vigora o perfil do *Estado Democrático de Direito*.

Ao ensejo, nota-se que a Constituição Federal de 1988 parece não ter encampado essa ideia, da maioria das correntes doutrinárias a esse respeito, da discriminação de uma *3ª*



*dimensão* de direitos e de garantias fundamentais. Logo, afora o “Capítulo I” e o “Capítulo II” do Título II da Constituição, os quais aludem, como dito, respectivamente a 1ª e a 2ª dimensão, aparentemente foi de interesse do constituinte que os “Capítulos III, IV e V” compusessem justamente a 3ª *dimensão*, os quais são nomeados da seguinte forma, de cujas nomenclaturas evidentemente se extrai as naturezas dos direitos de tratam: “Da nacionalidade”; “Dos direitos políticos”; “Dos partidos políticos”.

Entretanto, ainda a respeito dessas *dimensões* e do seu evolucionismo constitucional, identifica-se bastante divergência doutrinária tocante a sua quantidade, ou seja, cada autor desse campo teórico afirma a existência de um número diferente, sobretudo quando se verifica parcela doutrinária apontando a consagração de uma 4ª, de uma 5ª e por vezes até mesmo de uma 6ª dimensão (SARLET, 2016). Contudo, além de não se pretender entrar nesse debate, mesmo porque não condiz com o foco de questionamento da pesquisa ora exposta, o que neste momento cabe dizer é que o autor deste trabalho se filia à corrente segundo a qual existem apenas 3 *dimensões*, mormente porque (i) só parece haver unanimidade doutrinária quanto a existência dessas 3 primeiras; (ii) em virtude de que, justamente pelo fato de não se ter verificado, desde o contexto histórico designador da 3ª *dimensão*, outra conjuntura, ao menos com características e com eventos bem evidenciados e distintos, significativamente capaz de marcar a emergência das supostas dimensões posteriores; (iii) bem como porque nem mesmo a Constituição Federal de 1988 parece ter, como dito, adotado nomeadamente a classificação dimensional sequer da 3ª *dimensão*, ao contrário de como faz com as 2 primeiras (TUSHNET, 2016).

De todo modo, é certo afirmar, em vista de toda a evolução delineada, que esse complexo de preceitos fundamentais é orientado pelos *princípios da progressividade* e da *vedação ao retrocesso social*. Embora não expressamente previstos na atual constituição federal brasileira (malgrado o primeiro possa ser inferido do art. 5º, § 2º, e do art. 7º, *caput*), são amplamente reconhecidos doutrinária e jurisprudencialmente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988).

Com isso, o primeiro impõe ao Estado *latu sensu* um comportamento positivo, no sentido de lhe obrigar a adotar providências e medidas tendentes a fomentar os preceitos fundamentais, tanto na acepção (i) *horizontal*, relativa à quantidade dos direitos/deveres/garantias fundamentais, quanto na acepção (ii) *vertical*, consoante a qual deve promover paulatinamente um incremento na eficácia, na intensidade desses preceitos, visto que se parte do pressuposto de que a sua aplicação deve ser sempre ampliada.

Já o *princípio da vedação ao retrocesso social*, agindo paralelamente ao da *progressividade*, impõe, ao contrário deste último, deveres negativos, de abstenção ao Estado

*lato sensu*, também nas feições (i) *horizontal* e (ii) *vertical*. A primeira, portanto, determina que o Estado *lato sensu* evite suprimir previsões desses direitos, desses deveres e dessas garantias no ordenamento jurídico, ou seja, é proibida a sua revogação, no que se refere a sua existência normativa, a sua quantidade; em contrapartida, a faceta *vertical* implica no dever de que o Estado *lato sensu* se preocupe com a não adoção de providências (de quaisquer naturezas, inclusive de atos normativos) que causem mitigação da eficácia desses preceitos fundamentais.

Entretanto, é preciso registrar que ambos os princípios não passam de criações doutrinárias (embora respaldadas ao menos indiretamente em textos normativos, como demonstrado) e jurisprudenciais, motivo pelo qual simplesmente cumprem papel *orientador* do comportamento do Estado *lato sensu*, de modo que não verdadeiramente impõem *obrigações* e *proibições* (NOVAIS, 2004). Logo, na realidade, nenhum dos descritos deveres e abstenções são absolutos e inarredáveis, inclusive conforme ver-se-á na próxima seção, mormente no que se refere ao *princípio da vedação ao retrocesso social* (MARTEL, 2010).

Enfim, esclarecido suficientemente sobre as dimensões dos direitos/dos deveres e das garantias fundamentais, antes de se adentrar ao clímax deste trabalho (concernente a segunda seção), é pertinente traçar delineamentos conceituais sobre as *cláusulas pétreas*.

Cuida-se de instituto de direito constitucional que impede a realização de emendas constitucionais em determinado sentido, geralmente que visem a abolir certas matérias consideradas de substancial importância para a perenidade da constituição federal que as positivou e para a manutenção da saúde, do núcleo essencial do próprio respectivo estado nacional. Em outros dizeres, as *cláusulas pétreas* engessam o poder constituinte derivado/reformador, uma vez que conferem proteção especialíssima a determinadas matérias estatuídas no contrato social examinado (KOEHLER, 2008). O objetivo é, em síntese, proteger respectiva ordem constitucional contra grupos políticos eventuais que angariam expressão política no âmbito federal suficiente a formar maiorias aptas a dismantelar conteúdos julgados de extrema relevância para a sobrevivência de respectiva ordem constitucional, dismantelamento esse que, em tese, não mostrar-se-iam democraticamente legítimo (VECCHI, 2013).

Com efeito, enquanto a maioria das constituições federais (de que se tem notícia) já preveem um rito distintivo reformador para a promoção de sua alteração – o que, no caso brasileiro, é disposto no art. 60, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual disciplina o *quórum qualificado* –, aspecto esse que já defere a essas constituições a classificação de *rígidas*, as cláusulas pétreas sequer admitem a reforma de suas matérias, o que renda à constituição que as institui a categoria de *super rígidas*. Assim, somente se rompendo com respectiva ordem

jurídico-política, vale dizer, mediante a atuação de novo poder constituinte originário, é que poder-se-ia alterar respectivas matérias protegidas pelo então chamado *núcleo duro* estatuído pelas cláusulas pétreas, razão pela qual comumente se prega que as matérias gozadoras dessa salvaguarda especial são *supraconstitucionais* (BICCA, 2012).

Em vista disso, o direito constitucional brasileiro fixou suas cláusulas pétreas no art. 60, § 4º, da atual Carta Política (BRASIL, 1988), cujo rol nunca havia sido tão amplo na história constitucional brasileira (KOEHLER, 2008):

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
I - a forma federativa de Estado;  
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;  
III - a separação dos Poderes;  
IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

A propósito, neste momento se anuncia o grande questionamento originário desta pesquisa: a abrangência do inciso IV do dispositivo em epígrafe, isto é, o sentido pretendido pelo constituinte quando estatuiu a expressão “os direitos e garantias individuais”, mais especificamente no que se refere à conotação, à amplitude significante do termo “individuais”, o que se revela o objeto da seção seguinte.

Esse foi o ponto de partida, a pergunta, a dúvida metódica em torno da exegese de referida hipótese de cláusula pétrea, visto que parece haver séria dúvida tocante a sua abertura epistemológica de conteúdo, inclusive se considerando que existe significativa divergência na literatura jurídica nesse particular.

Melhor explicando, a indagação científica que originou esta pesquisa é “o que se deve entender por “individuais”, ou seja, quais dimensões de direitos, de deveres e de garantias fundamentais quedam-se protegidas pela pecha da supraconstitucionalidade? Aliás, a resposta a essa pergunta pode causar sérias repercussões sobre o funcionamento do sistema constitucional, mormente em relação à hermenêutica constitucional, uma vez que, a princípio – e esta é a hipótese, na forma de possível resposta, da pesquisa –, aparentemente apenas a 1ª dimensão, vale dizer, somente o art. 5º da Constituição Federal de 1988, parece abraçada pelo dispositivo em apreço (BRASIL, 1988).

Este artigo tentou responder a esses questionamentos mediante uma revisão da literatura, cujos apontamentos serão expostos na seção seguinte, tendo-se em vista que, para a compreensão da problemática, os institutos dos preceitos fundamentais em geral, as suas respectivas dimensões, bem como as cláusulas pétreas já estão suficientemente esclarecidos. Por fim, serão tomadas considerações finais.

No mais, registra-se que a pesquisa originária deste trabalho é das naturezas exploratória e descritiva, tendo se valido do método observatório-indutivo, mediante procedimento técnico bibliográfico, feito por meio de coletas de dados, vale dizer, mediante uma revisão bibliográfica da literatura jurídica pertinente à problemática.

## **2. Afinal, quais dimensões de direitos fundamentais, à luz do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil, estão protegidos pela pecha da supraconstitucionalidade? Uma visão restritiva e uma visão ampliativa**

Retomando-se o raciocínio, questiona-se, enquanto foco desta pesquisa, precisamente o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal brasileira de 1988, considerando-se ser dispositivo fixador de cláusula pétrea sobre o qual recai a dúvida científica exibida:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
(...)  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a *abolir*:  
(...)  
*IV - os direitos e garantias individuais* (BRASIL, 1988).

Colocando-se o inciso IV sob enfoque crítico, em um primeiro momento não se identifica embaraço exegético tocante ao trecho “os direitos e garantias”, tão-somente, na medida em que esses são conceitos muito bem definidos na literatura jurídica constitucional, cuja evolução histórica e cuja positivação na Constituição Federal de 1988 são bastante evidentes, como já demonstrado alhures.

A dúvida interpretativa cinge-se ao termo “individuais”, o qual, como apontado desde a Introdução, tem o condão de ensejar dúvidas e divergências interpretativas.

Em outros dizeres, a grande indagação científica ora proposta é: o que significa “individuais”? Inquirindo-se de outra forma: qual é o alcance da expressão “individuais”? Melhor ainda: quais dimensões de direitos, de deveres e de garantias fundamentais estão abrangidos pela expressão “individuais”?

Essa incerteza exegética não é noticiada apenas por este autor, mas por vários outros e, inclusive, pela jurisprudência, conforme esta pesquisa logrou descobrir.

É o que expõe, em um primeiro momento, Frederico Koehler:

(...) a interpretação da cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, qual seja, “os direitos e garantias individuais”. A fórmula utilizada pelo constituinte foi muito genérica, o que, por um lado, contribuiu para o surgimento de controvérsias entre os

juristas, mas por outro, permite a evolução do sentido das cláusulas pétreas através da interpretação do Supremo Tribunal Federal (KOEHLER, 2008, p. 148-149).

De outra monta, Adriano Sant'Ana Pedra aduz:

Pelo enunciado literal do artigo 60, §4o, IV, da CR, chega-se à conclusão de que apenas os “direitos e garantias individuais” encontram-se incluídos no rol das cláusulas pétreas da nossa Constituição. Nessa interpretação restritiva, estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, §4o, IV, da CR não só os direitos sociais (artigos 6o a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), assim como os direitos políticos em geral (artigos 14 a 17), com a ressalva, para estes últimos, do sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, §4o, II, da CR. Também não seriam merecedores de tal proteção os direitos de expressão coletiva, sendo que o mandado de segurança coletivo não integraria as cláusulas pétreas (PEDRA, 2006, p. 140).

Ao mesmo tempo, Rodrigo Brandão ressalta o embate doutrinário a respeito:

Há forte controvérsia doutrinária a respeito da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV). A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo, poderiam ser considerados cláusulas intangíveis todos os direitos arrolados nos incisos do art. 5º, e nenhum outro, tendo em vista veicularem, na forma do capítulo I do Título II, da Constituição de 1988, o rol de direitos e garantias individuais eleito pelo constituinte, não cabendo aos poderes constituídos, a pretexto de interpretarem o precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania. Milita contra esta interpretação de caráter literal uma série de argumentos (BRANDÃO, 2008, p. 13).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal também já preferiu acórdão nesse tocante, embora sob moldes *obiter dictum*, isto é, o relator, neste caso o ex-Ministro Carlos Velloso, registrou em seu voto o seu entendimento a respeito, muito embora não fosse imprescindível ao julgamento do objeto do processo, na ADI nº 939, razão pela qual respectiva fundamentação não tem caráter vinculante (à luz da *teoria dos motivos determinantes*):

Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, inciso IV, estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”. Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição.

(...)

É certo que é respeitável o argumento, mais metajurídico do que jurídico, propriamente, no sentido de que o raciocínio abrangente da matéria – a matéria dos direitos e garantias individuais – sem distinguir direitos e garantias de primeira classe e direitos e garantias de 2ª classe, poderia impedir uma maior reforma constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993).

Como se vê, o questionamento que se coloca consiste em dúvida razoável, séria e rigorosa acerca do dispositivo constitucional em comento, já anunciada por vários autores da literatura jurídica, e não em indagação isolada.

Diante disso, ao menos à luz do material pesquisado, consegue-se identificar duas grandes correntes interpretativas do dispositivo questionado.

A primeira delas ora esposada, a ser denominada (i) *restritiva*, em suma sustenta que apenas a 1ª dimensão de direitos, de deveres e de garantias fundamentais, vale dizer, aqueles tipicamente relacionadas às liberdades civis, oponíveis a um estado tirânico e absolutista, bem como atinentes ao modelo liberal de estado – sob os moldes explanados –, é que estariam abraçados pelo dispositivo, com a exclusão de todas as outras dimensões.

Dessa maneira, contextualizando-se esse entendimento com a Constituição Federal brasileira, ora estudada, chega-se à conclusão de que essa abrangência limitar-se-ia ao artigo 5º da Carta, haja vista a sua tipificação como individuais (e coletivos, cujo englobamento nesta corrente será explicado adiante) pela própria repartição sistemática de referida da Constituição, isto é, no que se refere ao “Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, inserto no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais”.

Já a corrente denominada (ii) *ampliativa* advoga evidentemente aceção mais ampla dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais englobados pelo inciso IV.

Segundo ela, todas as dimensões seriam objeto do dispositivo, em iguais condições, e não apenas a 1ª dimensão, de modo que a compreensão nesse tocante logicamente varia conforme o número de dimensões adotadas pelo exegeta, como dito na Introdução.

Melhor explicando, embora os adeptos a essa vertente em termos gerais reconheçam a dúvida suscitada respeitante à expressão “individuais”, de modo a sugerir que o dispositivo remeteria apenas a 1ª dimensão dos preceitos fundamentais, basicamente correspondentes ao art. 5º da Constituição Federal brasileira atual, defende-se que essa não é a melhor interpretação e elencam uma série de fundamentos para tanto.

Dito isso, a fim de explorar os arrazoamentos sustentadores de cada uma dessas correntes, iniciar-se-á pela *ampliativa*.

Precipuamente, esse ramo, que é majoritário, invoca (i) o *princípio da progressividade*, de acordo com o qual, consoante por sinal já exposto neste trabalho, aplica-se ao complexo de direitos, de deveres e de garantias fundamentais ótica prospectiva, ou seja, visando ao futuro, de modo que sejam sempre expandidos, tanto sob a aceção *horizontal*, tocante à quantidade de direitos, quanto sob a feição *vertical*, que diz respeito à intensidade, à eficácia dos direitos fundamentais.

Portanto, a palavra de ordem dos direitos e das garantias fundamentais deve, segundo esse fundamento, ser sempre a ampliação, o aumento, a majoração.

A propósito, essa racionalidade conduz ao segundo argumento da teoria *ampliativa*, que segue o (ii) *princípio da vedação ao retrocesso social*, segundo o qual, repisando, uma gama de direitos e de garantias fundamentais, instituída por determinado direito constitucional nacional, não pode ser diminuída, restringida. Inclusive, vale recordar que essa vedação se refere tanto à aludido aspecto *horizontal* quanto a referido aspecto *vertical*.

Também se observa, ainda tocante a esse princípio, que os mesmos dispositivos a ela pertinentes outrora apontados (o artigo 5º, § 2º, Constituição Federal de 1988; e o artigo 7º, caput, também dessa constituição) são comumente levantados pela corrente ora comentada para sufragar a abrangência de todos os direitos e garantias fundamentais.

Ademais, outro argumento bastante recorrente é o do suposto (iii) *caráter implícito de algumas cláusulas pétreas* e de alguns direitos fundamentais, de modo que, com isso, ainda que se entendesse que o termo “individuais” do inciso IV referir-se-ia somente a *1ª dimensão*, esse dispositivo deveria ser interpretado em consonância com limites implícitos ao poder de reforma da Constituição, isto é, não expressamente previstos no artigo 60, § 4º (PEDRA, 2006).

Por conseguinte, seguindo-se esse raciocínio, preceitos fundamentais de *2ª dimensão*, por exemplo, também estariam protegidos contra reformas, não pelo inciso IV, mas pela sua interpretação conexa a limitações implícitas.

No entanto, há de se rechaçar veementemente esse argumento e à frente explicar-se-ão os motivos.

Outrossim, há quem defenda o suposto (iv) *princípio da atipicidade* dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais, vale dizer, a sua não taxatividade, seja em termos de denominação/nomenclatura, seja em termos de sistematização ao longo do *bloco de constitucionalidade*.

Com efeito, de acordo com a correspondente ideia, os preceitos normativos dessa sorte não estariam taxativamente previstos no “Título II” da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo que supostamente encontrar-se-iam em outras disposições da Carta Política e mesmo no restante do *bloco de constitucionalidade* brasileiro, mesmo que não nomeados conforme sua respectiva suposta categoria. Logo, essa indistinção e espraiamento dos preceitos fundamentais tornariam impossível separar nitidamente os da *1ª dimensão* dos preceitos das demais, uma vez que estariam indistinta e intimamente ligados, como em um só todo, o que conseqüentemente desautorizaria dizer que a expressão “individuais” remeteria apenas ao artigo 5º (ANDRADE, 1999).

Ao mesmo tempo, esse argumento prega que, dentro de cada preceito fundamental de 2ª e de 3ª dimensão (ou de mais dimensões, a depender da concepção adotada pelo jurista), estariam muitos direitos, deveres e garantias de 1ª dimensão, ou seja, direitos, deveres e garantias individuais, motivo pelo qual seriam inseparáveis.

Ademais, ainda em favor da tese *ampliativa*, igualmente se verifica ser bastante usual o argumento (v) *axiológico*, de que, a fim de se interpretar o inciso IV, é necessário fazer um esforço hermenêutico sobre o suposto sentimento geral da constituição, sobre a sua suposta vontade, sobre o seu norteamento axiológico (MENDONÇA, 2013).

É que, posto supostamente a Constituição Federal brasileira de 1988 ser uma carta política de aspiração social, equalizadora, de exaltação de direitos coletivos *lato sensu* – e este autor concorda com essa ideia, até este ponto –, inclusive em vista dos seus princípios fundamentais (Título I), entender que o inciso IV refere-se somente a direitos e garantias individuais acarretaria a desvalorização dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais coletivos *lato sensu*, também positivados constitucionalmente, o que seria paradoxal.

Ao ensejo, sob o fito de sustentar essa tese, os seus defensores normalmente invocam, como exemplo, “a dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III e IV, Constituição Federal de 1988 – fundamentos da República); “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (artigo 3º, incisos I, III e IV, respectivamente, também da Constituição Federal); a “prevalência dos direitos humanos” (artigo 4º, II, da mesma carta política).

Com isso, não deferir a qualidade de cláusulas pétreas aos direitos, aos deveres e às garantias da 2ª e da 3ª dimensão (dentre outras, quiçá) significaria desvirtuar completamente a linhagem axiológica adotada pela Constituição Federal de 1988, bem como dificultar o adimplemento de normas constitucionais relacionadas, como as exemplificadas, as quais seriam de suma importância para a asseguuração da existência do Estado Democrático de Direito, na medida em que constituiriam o seu alicerce, na forma *conditio sine qua non* existencial (MENDONÇA, 2013).

Muito próximo a esse argumento, encontra-se o da (vi) *não hierarquização*.

Segundo ele, não incluir todos os direitos, os deveres e as garantias fundamentais na hipótese do inciso IV importaria em um tratamento diferenciado entre os preceitos fundamentais no que se refere as suas respectivas dimensões e, portanto, configuraria uma aparente hierarquização entre direitos/garantias de dimensões distintas, isto é, se se considerar



que somente os de *1ª dimensão* são cláusulas pétreas, poder-se-ia concluir que ocupam grau hierárquico superior aos de *2ª* e de *3ª dimensão* (e mais, quiçá) (MENDONÇA, 2013).

Dessarte, a preocupação seria de que essa discriminação impactaria na disciplina e na eficácia dos preceitos fundamentais das dimensões não concebidas como cláusulas pétreas, o que supostamente entraria em conflito com os propósitos do Estado Democrático de Direito.

Todavia, este autor discorda de todos esses fundamentos, de modo que adota a vertente *restritiva* interpretativa do inciso IV, a seguir esmiuçada.

Repisando-se a explanação a seu respeito já ofertada alhures, essa corrente entende que somente os direitos, os deveres e as garantias fundamentais individuais, objetivamente, vale dizer, de *1ª dimensão*, são *cláusulas pétreas*, raciocínio esse que acarreta imediata referência ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 e os fundamentos que a sustentam são vários.

Primeiramente, invoca-se o argumento (i) *sistemático*, de acordo com o qual, concebendo-se a divisão e a classificação dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, previstos no “Título II”, conclui-se que de fato o constituinte originário se reportou tão-somente ao artigo 5º.

Melhor explicando, quando se analisa a estratificação desses preceitos fundamentais no “Título II” da Constituição, nota-se que foi realizada, desde o conteúdo original da Carta Política, uma divisão em cinco capítulos, cada um denotando um nome e uma natureza distinta a tais preceitos. Assim, quando se fala em “individuais”, remete-se automaticamente ao “Capítulo I”, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, de maneira que *nenhum* dos demais capítulos divisórios de referido título contam com o termo “individuais”, motivo pelo qual a única interpretação possível (ao menos séria, dotada de rigor científico e isenta de tendências ideológicas) é a de que o constituinte originário aludiu *exclusivamente* a esse capítulo, o qual, por sinal, só conta com um artigo, o 5º (BRASIL, 1988).

Ora, parece bem óbvio que, caso fosse da intenção do constituinte que outros direitos, deveres e garantias fundamentais fossem abrangidos pelo inciso IV, teria feito expressa e distinta menção ao(s) nome(s) do(s) qual(i)s foi(ram) intitulado(s) o(s) outro(s) capítulo(s) divisório(s) do “Título II” que pretendesse tratar como *cláusula pétrea*, e não apenas ao nome do “Capítulo I”, o qual, frisa-se, é o único que conta com a expressão “individuais”, em clara alusão aos direitos e garantias individuais de *1ª dimensão*, ou seja, ao art. 1º, apenas.

E nem poder-se-ia alegar, na forma de contra-argumento, que o “Capítulo I” também prevê o termo “coletivos”, e que, portanto, manifesta referência a direitos e garantias coletivas.

Mesmo que se se entendesse que o constituinte resolveu versar dentro do mesmo capítulo (e pior, dentro do mesmo artigo) indistintamente sobre direitos individuais e coletivos

– o que é uma clara possibilidade, ante o nome do capítulo, o que, diga-se de passagem, nesse caso, a opção constitucional terá sido muito infeliz –, ainda assim não poder-se-ia tentar, adotando-se a tese *restritiva* (ora defendida), separar, pois, aqueles direitos concebidos na forma de cláusulas pétreas (individuais) daqueles não contemplados com essa qualidade.

Isso porque, se o constituinte inseriu no mesmo capítulo e tratou de forma indistinta direitos e deveres individuais e coletivos, há de se concluir que o constituinte entende (e essa deve ser o entendimento para fins de assimilação da vertente exegética correta) que em todo direito individual subsiste uma pecha ou uma repercussão coletiva, de modo que, apesar de em tese pertencerem a *dimensões* distintas, partilham de atributos comuns, isto é, características individuais e coletivas ao mesmo tempo. Dito de outro modo, quando a Constituição Federal nominou “direitos e deveres individuais e coletivos”, pretendeu dizer que todos aqueles inseridos no artigo 5º têm, simultaneamente, características individuais e coletivas.

Outra opção interpretativa é adotar perspectiva *separatista*, de que mesmo dentro art. 5º haver-se-ia que distinguir os direitos, os deveres e as garantias individuais das coletivas. Porém, nesse caso, corre-se o risco de atribuir indevidamente a classificação única de coletivo a determinado direito/dever/garantia, deixá-lo desprotegido contra reformas e, com isso, violar a verdadeira intenção do constituinte originário de o tornar imune essa possibilidade. Dessarte, partindo-se de perspectiva mais *protecionista*, é de melhor alvitre seguir a primeira possibilidade interpretativa ofertada, isto é, de que todos os direitos, deveres e garantias individuais do art. 5º são dotados, ao mesmo tempo, de qualidades individuais e coletivas, em maior ou em menor medida a depender do inciso de que se trata.

Já em um segundo momento, tem-se o argumento (ii) *gramatical*, consoante o qual é preciso analisar muito rigorosamente a redação da Constituição para se chegar à conclusão propugnada pela tese *restritiva*.

É que – e este é o principal raciocínio deste argumento –, se fosse de real interesse do constituinte aludir a *todos* os direitos, deveres e garantias fundamentais (o que, repete-se, claramente não foi), óbvia e evidentemente teria usado a expressão “fundamentais”, e não “individuais”. Nesse caso, não haveria *qualquer* dúvida quanto à referência a *todo* o complexo de direitos e de garantias fundamentais da Constituição Federal, vale dizer, a todo o Título II, motivo pelo qual, inclusive, este autor, nesse caso sim, defenderia a todo custo a corrente *ampliativa*, mesmo porque inexistiriam dúvidas ou fundamentos contrários.

Ora, por que razão, destarte, o constituinte originário teria empregado termo que poderia suscitar dúvida – mesmo que se deva entender que não há dúvida nenhuma, à luz da

corrente *restritiva*, senão certeza –, ao invés de termo que denotaria absoluta certeza quanto à proteção supraconstitucional pretendida? Decerto essa pergunta é retórica.

Aliás, como se não bastasse, fica ainda mais flagrante que somente o art. 5º é cláusula pétrea quando se compara a redação do artigo 60, § 4º, IV, com as redações de demais dispositivos constitucionais alusivos a direitos, a deveres e a garantias fundamentais/humanas.

Melhor dizendo, são os seguintes dispositivos normativos claras hipóteses em que o constituinte, nesse caso sim, optou por deferir a maior abertura epistemológica possível à respectivas redações normativas, motivo pelo qual há de se concluir que nesses casos, deveras, ele se referiu a *todos* os direitos, deveres e garantias fundamentais/humanas: art. 4º, II; art. 5º, XLI; art. 5º, § 1º; art. 5º, § 3º; art. 17, *caput*; art. 34, V, “b”; art. 109, V-A e § 5º; art. 134, *caput*; art. 7º, ADCT (BRASIL, 1988).

Observa-se, portanto, claro e manifesto tratamento diferenciado em relação à previsão do artigo 60, § 4º, IV, na medida em que, enquanto todos aqueles dispositivos listados se referem a “direitos fundamentais” ou a “direitos humanos” ou “diretos da pessoa humana” – a partir do que, por sinal, verifica-se um rigor e uma técnica legislativa constituinte profundamente falhos, posto adotar ora uma terminologia, outrora outra, malgrado nesses casos aparentemente tenham por objeto o mesmo conceito –, referido inciso IV adota terminologia completamente diversa, enunciando apenas “direitos individuais” (BRASIL, 1988).

Inclusive, essa conclusão fica ainda mais clara quando se vê que a mesma terminologia e, destarte, o mesmo conceito inserto no inciso IV das *cláusulas pétreas* é o previsto no artigo 68, § 1º, II, este o qual igualmente reza “direitos individuais” (BRASIL, 1988).

Posto todo o arrazoamento deste argumento, *data maxima venia* aos juristas que sustentam posições diferentes, pregar que onde a Constituição dispõe “individuais” quis dizer “fundamentais” ou “humanos”, mesmo ante a existência de vários dispositivos exemplificadores de casos em que o constituinte pretendeu, neles sim, deferir acepção mais abrangente e abraçar todos os direitos, deveres e garantias fundamentais/humanos(as), significa vilipendiar a legalidade, a democracia e, conseqüentemente a soberania popular, bem como autorizar que se interprete o direito como se bem entende, ao bel-prazer do intérprete. Significa criar um *autoritarismo normativo*.

Em terceiro lugar, ressalta-se o fundamento do (iii) *perigo da confusão entre as dimensões de direitos e de garantias fundamentais*.

É que um estudo que pretenda distinguir as dimensões dos preceitos fundamentais só se revela importante em duas hipóteses: (i) se o objeto do estudo for o historicismo constitucional, isto é, o evolucionismo das dimensões, os contextos e os eventos históricos que

marcaram cada uma delas; ou (ii) se o sistema constitucional de que se trata apresentar tratamento e disciplina diferenciadas a cada dimensão, ou seja, se em sua própria sistematização houver discriminação entre as dimensões, como é o caso brasileiro.

Dessa feita, como se vê, a última hipótese é justamente o caso do presente trabalho, uma vez que se mostrou detidamente, sobretudo no âmbito do *primeiro argumento*, que a Constituição Federal de 1988 discerne várias naturezas de direitos, de deveres e de garantias fundamentais, aparentemente sequer adotando divisão em 3 dimensões, visto que o “Título II”, divisão reservada a esse desiderato, conta com 5 capítulos divisórios, cada um versando sobre preceitos fundamentais de natureza diversa (BRASIL, 1988).

Com efeito, face a essa conclusão, fica fácil perceber como a interpretação *ampliativa* ora atacada prejudicaria o objetivo da Constituição Federal de separar tais capítulos, vale dizer, como deturparia o seu propósito constitucional de separar os direitos, os deveres e as garantias fundamentais em categorias, em espécies diferentes.

Ora, se o constituinte originário criou 5 capítulos diversos para classificar esses preceitos fundamentais, pregar que todos eles são “individuais”, que é a categoria classificatória deferida apenas ao “Capítulo I”, significaria desconstruir, distorcer e perverter toda essa lógica de categorização, que certamente teve um propósito, o que, conseqüentemente, acabaria por confundir todas as naturezas dos direitos, dos deveres e das garantias positivadas na Constituição, bem como as próprias dimensões.

Já enquanto quarto argumento defensor da teoria *restritiva* se encontra o da (iv) *adequação das prioridades constitucionais*, cuja inteligência é bastante semelhante à propagada pela *teoria da reserva do possível* (MOURA; RIBEIRO, 2017) e até mesmo à da máxima popular de que “quem tem muitas prioridades não tem nenhuma”.

Dessa maneira, acerca desse fundamento, primeiramente é preciso lembrar de que a categoria “preceitos fundamentais”, a qual abarca, como dito adrede, direitos, deveres e garantias possui um conceito muito peculiar enquanto espécie normativa e é muito cara ao direito constitucional, gozando, pois, de proteção especial, mormente devido ao fato de que é um estrato restrito do direito. Entrementes, mais ainda do que ela é a categoria de *cláusulas pétreas*, que possui proteção mais especial ainda, bem como maior escassez normativa.

Ocorre que, da mesma forma pela qual se tudo for direito fundamental nada será, se tudo for *cláusula pétrea* nada será.

O que se quer dizer é que se interpretar ampliativamente, sem reservas e de forma desregrada o artigo 60, § 4º, IV, inclusive violando a legalidade – como quer a corrente

*ampliativa* –, acarreta um enfraquecimento da proteção das verdadeiras *cláusulas pétreas* selecionadas pela Constituição (BRASIL, 1988).

Ora, parece bem óbvio que o quanto mais se partilha e mais comum se torna uma qualidade, uma categoria jurídica, menor se torna a sua proteção normativa. Não por acaso essa é a mesma linha de raciocínio aplicada a coisas, a bens em geral, inclusive jurídicos. O quanto mais existe em quantidade determinado bem, menor é o seu valor, de modo que com bens/categorias jurídicas o raciocínio não pode ser diverso.

Por sua vez em decorrência da tese do fundamento anterior, em quinto lugar se invoca o argumento do (v) *receio da ruptura constitucional*, este amplamente anunciado pela doutrina como um dos males de uma interpretação desvairada e descuidada das *cláusulas pétreas*, bem como de um *núcleo duro* muito amplo da constituição.

A doutrina aponta – o que é bastante sensato, por sinal – que o quanto mais se engessa a possibilidade de reforma de uma constituição, isto é, o quanto mais matérias são eleitas como cláusulas pétreas, mais se frustra o sentimento e o poder constituinte derivado (FERREIRA FILHO, 1995).

O risco advindo dessa circunstância é o fato de que, em determinado ponto, se o movimento constituinte derivado se sentir excessivamente bloqueado, obstruído, pode se convolar em um evento constituinte originário, como uma revolução, o que evidentemente revoga a ordem jurídica anterior e institui uma nova constituição, de modo que esta fatidicamente carrega muito mais chances de romper e de desvirtuar grande parte da disciplina constitucional anterior, inclusive as *cláusulas pétreas*, que provavelmente até deixarão de existir na mesma medida em que anteriormente vigente (KOEHLER, 2008).

Em outros dizeres, um protecionismo muito exacerbado tocante às *cláusulas pétreas*, inclusive no sentido que pretende a corrente *ampliativa*, pode ocasionar o efeito justamente contrário ao intencionado, ou seja, ao invés de se conferir maior proteção a respectiva constituição, pode militar em sentido contrário e estimular eventual poder constituinte originário a criar e a publicar nova constituição, exatamente porque respectivo constituinte derivado viu seu poder de reforma excessivamente petrificado, coibido (PEDRA, 2006). Cuida-se, conforme aduz um famoso dito popular – e aqui se pede escusas para o registrar –, de “um tiro no próprio pé” da pretensão das cláusulas pétreas.

Essa ruptura institucional tende a acontecer sobretudo quando a *constituição jurídica* não acompanhar nem corresponder mais à *constituição real*, vale dizer, os fatores reais de poder e as aspirações do povo (HESSE, 1991). É o que explica Adriano Sant’Ana Pedra:

Entretanto, quando essas limitações materiais impedirem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabarão por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestavam, uma vez que a ruptura do ordenamento far-se-á inevitável, daí decorrendo o abandono do texto constitucional e a instabilidade social (PEDRA, 2006, p. 136-137).

Face a essas elucidações, facilita-se concluir como uma interpretação extensiva do inciso IV potencializa a possibilidade de uma ruptura constitucional, o que pode ser maléfico sobretudo ao complexo de direitos, de deveres e de garantias fundamentais brasileiro, já que a Constituição Federal hodierna é muitíssimo densa e ampla nesse aspecto.

Em sexto lugar, por sua vez se apresenta o argumento (vi) *do perigo do fomento ao ativismo judicial e à judicialização da política*, também vastamente pontuado pela literatura. Trata-se de aumento do sério risco a que toda ordem jurídico-política brasileira sujeitar-se-á se a tese *ampliativa* prevalecer.

É que, na medida em que se confere maior abertura epistemológica ao inciso IV, no sentido de se admitir *todos* os direitos, deveres e garantias fundamentais, reconhece-se uma generalidade, uma vagueza e uma imprecisão terminológica do dispositivo e da própria expressão “direitos e garantias individuais”. Logo, essas vicissitudes do texto normativo, esses obstáculos interpretativos acabam por deferir maior margem de liberdade exegética ao Poder Judiciário, tipicamente responsável por interpretar e por aplicar o ordenamento jurídico.

Ocorre que essa ampliação da atividade do Judiciário produz efeitos reflexos e deontologicamente indesejados, que são o *ativismo judicial* e a *judicialização da política*.

Malgrado tenham conceitos diversos, como leciona Luís Roberto Barroso, são faces do mesmo fenômeno, qual seja, o *engrandecimento indevido da atuação do Judiciário*.

Enquanto a primeira patologia institucional consiste em uma invocação inapropriada (quicá inconstitucional) de poder por iniciativa do próprio juiz, ao tomar decisões que extrapolam sua competência e as próprias previsões do ordenamento jurídico, a segunda decorre de uma invocação, desta vez não pelo próprio Judiciário, da atuação jurisdicional que acarreta a invasão das funções e das competências típicas dos outros dois Poderes. O resultado dessas situações é, pois, a criação de um verdadeiro governo de juízes.

Ambas as hipóteses se tratam de subversões e de desvirtuamentos do papel institucional do Poder Judiciário, de modo que também ambas decorrem de tais vícios hermenêuticos quando da exegese do texto normativo, isto é, o quanto mais genérico, amplo e impreciso se alega ser determinada hipótese ou dispositivo normativo, mais se fomenta o *ativismo judicial* e a *judicialização da política*.

A propósito, essas patologias se afiguram ainda mais graves no Brasil, uma vez que em respectivo sistema constitucional se adota uma dualidade de controle de constitucionalidade pelo Judiciário (*difuso/incidental/concreto* e *direto/concentrado/abstrato*). Logo, tais riscos institucionais poderão ser produzidos nos âmbitos de todos os órgãos judiciários brasileiros, dado que todos eles podem exercer controle de constitucionalidade.

De todo modo, esse risco é ainda maior na esfera do Supremo Tribunal Federal, visto que é o único incumbido do controle *direto/concentrado/abstrato*, além de capitanear tais patologias institucionais no Brasil, posto ser justamente o tribunal constitucional o tribunal brasileiro de mais alto escalão. Ao menos é o que se tem averiguado no cenário jurídico-político brasileiro nos últimos anos.

Em qualquer caso, qualquer que seja o órgão judiciário realizador do controle de constitucionalidade – sendo ainda mais grave o problema a seguir explicitado no caso do Supremo Tribunal Federal, devido a sua maior competência nesse tocante –, tais patologias se revelam deontologicamente péssimas para um Estado Democrático de Direito e para um sistema constitucional, haja vista o *contramajoritarismo da revisão judicial*, isto é, considerando-se o fato de que todo o Judiciário é composto por membros não democraticamente eleitos. Na verdade, essa *dificuldade contramajoritária* do Judiciário, assim cunhada pela doutrina, é e sempre foi justamente um dos grandes problemas da *revisão judicial*.

O próprio autor Rodrigo Brandão, favorável à corrente *ampliativa*, reconhece a gravidade dessa atuação judicial proativa e, por isso, prega que o Judiciário deve seguir a orientação da *autocontenção* tocante ao tratamento de questões eminentemente políticas e quando do exercício do controle de constitucionalidade.

Enfim, há de se reconhecer a inevitabilidade de *judicialização da política*, que é um fenômeno real e crescente. É impossível anulá-lo por completo. Por outro lado, o que se deve ter em mente é a necessidade de estabelecer limites, reservas ao seu exercício.

Pois bem.

Essas são os principais argumentos sustentadores da corrente *restritiva*, a qual deve ser adotada, argumentos esses que, comparados com os da vertente *ampliativa*, permitem alcançar algumas conclusões, a serem expostas na próxima e última seção.

### **3. Considerações finais**

Como foi possível ver, não faltam razões, consubstanciadas nos fundamentos da corrente *restritiva*, capazes de ilidir a vertente *ampliativa*, as quais, por si sós, são bastantes a combater os próprios argumentos desta última, também expostos.

Na realidade, toda construção argumentativa no âmbito das ciências sociais aplicadas, na maioria das vezes, prova-se vencedora mediante uma ponderação, por intermédio de um jogo de sopesamento entre os argumentos favoráveis e os contrários à tese defendida. Em outros dizeres, a teoria que se revela mais razoável e, destarte, mais convincente, vence o debate.

Com isso mente, não se quer dizer que se deva negar reconhecimento, razoabilidade e logicidade aos fundamentos da primeira vertente interpretativa (ao menos a parte dela). É só que os fundamentos da corrente *restritiva* apresentam peso maior e se afiguram mais razoáveis, inclusive hábeis a desconstruir toda a fundamentação afeta à tese *ampliativa*.

Por oportuno, não se pode deixar de registrar uma crítica a essa última.

Por mais que a sua adesão seja majoritária e por maior que aparente ser a seriedade com que os seus defensores a tratam, este autor pensa que grande parte dela não passa de mera retórica sofisticada, contaminada por interesses ideológicos, o que decididamente não se coaduna com a ciência do direito. Melhor explicando, não se consegue deixar de salientar, mais uma vez, a clareza do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, vale dizer, a flagrante intenção do constituinte, qual seja, de aludir *exclusivamente* ao artigo 5º dessa carta política.

Pensar diferente disso, com todas as vênias, significa, valendo-se principalmente dos argumentos (i) *sistemático* e (ii) *gramatical* – os mais proeminentes – rasgar o texto constitucional e ferir de morte inúmeros preceitos fundamentais, principalmente a *legalidade*, em manifesto contrassenso à própria suposta pretensão da corrente *ampliativa*.

A propósito, neste momento se consigna conclusão a respeito da dita violação à *legalidade*, observada quando da apreciação da doutrina *ampliativa*.

Ao que parece, toda a humanidade, principalmente quando se trata do sistema jurídico, parece ter dado “meia-volta”, andado em um círculo nesse tocante. Enquanto há mais de 200 anos, destacando-se a Revolução Francesa nesse aspecto, os estados nacionais mundo afora passaram a conferir importância à lei escrita (*lato sensu*), vale dizer, à *garantia da legalidade*, como fator mais poderoso e protecionista contra o arbítrio, contra a tirania estatais e contra os regimes totalitários, agora parece que o pensamento jurídico voltou atrás e passa a desprezar, a desdenhar o texto de lei, compreendido aqui em sentido amplo, como *juridicidade*.

Aparentemente, não importa mais o que está escrito – e o que no fundo todos ou a maioria esmagadora dos intérpretes sabem o que está escrito – O que parece importar agora, na conjuntura da contemporaneidade jurídica (o que se revela como total contrassenso à



proposta de fomento da democracia e dos direitos, dos deveres e das garantias fundamentais), é o que o intérprete bem entende.

Não se olvida, por outro lado, a acertada *filosofia da linguagem*, a qual, mediante a *teoria do giro linguístico*, cuja aplicabilidade à ciência do direito é absolutamente pacífica, prega a distinção entre *texto* e *norma*, de modo que aquele, na realidade, não diz nada, senão é o objeto cognoscível do intérprete e o ponto de partida da interpretação, a fim de que, finalmente, produza-se a norma, que é o produto da exegese normativa.

O que se quer dizer, entretanto, é que se crê na existência de um *bom senso*, de uma *sensatez*, de que todos os intérpretes normativos são dotados, fator esse que é prescindido quando da formulação de teorias e de interpretações exageradas como a da *ampliativa*, o que geralmente ocorre devido a tendências ideológicas do exegeta, incrustadas em uma reserva mental, que não é manifestada, mas que remanesce implícita na argumentação. Ocorre que a patologia ora apontada não se harmoniza com a ciência do direito, ao menos se exercida de maneira séria, crítica e neutra (*neutralidade científica*), isto é, afastada de influências ideológicas, da chamada *armadilha ideológica* (JEVEAUX, 2015).

## Referências bibliográficas

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 939. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1571506>>. Acesso em: 05 fev. 2023.

ANDRADE, Dárcio. Cláusulas pétreas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 30, n. 60, p. 91-94, jul./dez. 1999.

BICCA, Carolina. A separação de poderes em Montesquieu, no direito comparado e no atual sistema institucional brasileiro. *Caderno Virtual*, Brasília, n. 25, n. 1, jan./jun. 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?* In: Daniel Samento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). *Direitos Sociais, Fundamento, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2023.

CONSTITUIÇÃO Francesa de 1791. Disponível em: <<https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2022.

DIÓGENES JÚNIOR, José. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? *Âmbito Jurídico*, São Paulo, v. 15, n. 100, maio 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, n. 4, p. 11-17, out./dez. 1995.

HESSE, Konhad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JEVEAUX, Geovany. *Teorias do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

KOEHLER, Frederico. Reflexões acerca da legitimidade das cláusulas pétreas. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, v. 1. n. 1, p. 131-159, 2008.

MARTEL, Leticia. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: Limites e Padrões do Consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2015. 430 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MENDONÇA, Déborah. *Os direitos sociais como cláusulas pétreas e a atuação do poder constituinte reformador*. 2013. 57 f. Monografia (bacharelado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

MOURA, Emerson; RIBEIRO, Jamir. Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 225-241, jan./abr. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 263-335.

PEDRA, Adriano. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, p. 135-148, out./dez. 2006.

PEREIRA, Luciano. As Dimensões dos Direitos Fundamentais e a Necessidade de sua Permanente Reconstrução Enquanto Patrimônio de Todas as Gerações. *Revista Direito e Sociedade*, Canoas, v. 1, p. 65-75, 2013.

SARLET, Ingo. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (“gerações”) dos direitos humanos fundamentais: breves notas. *Revista Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 498-516, maio/ago. 2016.

TUSHNET, Mark. Notas sobre Alguns Aspectos da Taxonomia das “Gerações” de Direitos. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 486-497, maio/ago. 2016.

VECCHI, Ipojucan. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais. *Revista Espaço Jurídico*, Chapecó, v. 14, n. 1, p. 193-214, jan./jun. 2013.