

Proteção de direitos fundamentais diante das emendas (parte 1)

06/05/2016



Ingo Sarlet
Juiz e professor

No âmbito da evolução constitucional (do próprio constitucionalismo)

desde os seus momentos fundantes, o problema jurídico-político que envolve o embate entre a ordem constitucional projetada pelos “pais” de determinada constituição formal e a possibilidade de revisão de tal constituição por parte das gerações subsequentes, tem agitado o debate e segue sendo, particularmente no Brasil, um problema de alta relevância e atualidade. Com efeito, considerando-se o número expressivo de emendas constitucionais promulgadas desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e tendo em conta o poder atribuído à jurisdição constitucional, com destaque aqui para a prática do Supremo Tribunal Federal, de controlar a legitimidade constitucional das emendas, a experiência brasileira é seguramente a mais rica (mas nem por isso menos controversa) do que toca ao exercício efetivo de tal controle.

Especialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais, aqui com destaque para os direitos sociais, é que o problema dos limites postos pela CF ao poder de reforma constitucional, o tom da discussão se eleva, pois a controvérsia alcança tanto a discussão quanto ao próprio fato de serem os direitos sociais “cláusulas pétreas”, quanto ao alcance da proteção da qual efetivamente gozam tais direitos pelo fato de integrarem o generoso rol dos limites materiais à reforma constitucional no Brasil. Em caráter meramente ilustrativo poder-se-á referir a atual celeuma em torno da constitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional 143/2015, que altera os artigos 101 e 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que tratam da desvinculação das receitas dos estados e municípios, que resultaria na diminuição dos investimentos na seguridade social, especialmente na Educação e na Saúde, resultando em violação desses direitos fundamentais sociais.

Mas antes de enfrentarmos a questão propriamente dita do alcance da proteção dos direitos fundamentais em face de emendas constitucionais, inclusive e de modo particular no que diz respeito aos limites e possibilidades de seu controle jurisdicional, há que superar uma primeira barreira, qual seja, a de justificar que os direitos sociais, na condição de direitos fundamentais, são parte integrante do elenco constitucional, expresso ou implícito, dos limites materiais à reforma da CF.

Que tal problema guarda estreita relação com a questão democrática é afirmação que dispensa, nesta quadra, maior elucidação, pois se a possibilidade de revisar o texto oriundo do labor dos que exercem o poder constituinte pode ser uma saída para ofuscar uma possível tirania constitucional (os mortos vinculando os vivos), a viabilidade de uma reforma constitucional sem limites pode acarretar a supressão da essência da decisão constituinte e transformar o poder de reforma da constituição na própria expressão do poder constituinte.

Em linhas gerais, portanto, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador, mesmo que este atue por meio de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.

Dito de outro modo e acompanhando a leitura de Carl Schmitt, os limites ao poder de reforma constitucional possuem o desiderato de evitar que uma competência constituinte (por definição poder juridicamente limitado) se transmute em potência, ou seja, numa atuação do Poder Constituinte Originário, o que também o que também se verifica quando se estiver a ofender os direitos fundamentais na condição de parte da identidade constitucional.

Invocando, ainda, o magistério de José Néri da Silveira, a existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração.^[1]

Quanto à abrangência do rol dos limites materiais explícitos (artigo 60, parágrafo 4º, da CF), verifica-se, como já ressaltado, um avanço relativamente ao direito constitucional pátrio anterior, já que significativo o número de princípios e decisões fundamentais protegidos (princípio federativo, democrático, separação de poderes e direitos e garantias fundamentais).

A despeito da abrangência do catálogo de limites materiais expressamente previstos na CF, não se afasta, de plano, a possibilidade de identificação de outras limitações dessa natureza, que, por não consagradas no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais implícitos, o que encontra respaldo em jurisprudência isolada do STF, mas não é objeto de unanimidade no seio da doutrina^[2]. A título de exemplos acolhidos por expressiva doutrina podem ser referidos (além da Federação e da Separação dos Poderes) outros princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a forma de governo republicana^[3], mas também os direitos fundamentais sociais, o que será precisamente objeto de maior atenção logo

adiante.

Ainda nessa fase preliminar, há que sublinhar que a simples leitura dos incisos do artigo 60, parágrafo 4º, CF (sede dos limites materiais expressos), já revela que cada uma das “cláusulas pétreas”, ainda que individualmente considerada, diz respeito a um conjunto mais abrangente de dispositivos e normas (princípios e regras) da CF, o que resulta ainda mais evidente quando se está em face de uma emenda constitucional concreta, que, ao alterar o texto da constituição, poderá afetar (mesmo sem referência direta a uma das “cláusulas pétreas”) algum (ou alguns) dos limites materiais. Assim, por exemplo, nota-se que a forma federativa de Estado não apenas impede a supressão do dispositivo constitucional que enuncia a Federação (artigo 1º, CF), mas todo o complexo de dispositivos e normas correspondentes que dão à forma federativa de Estado os seus contornos nucleares, situação que também se aplica aos direitos e garantias fundamentais, remetendo ao complexo problema da identificação de seu núcleo essencial.

Quanto aos direitos fundamentais a discussão mais relevante e de grande atualidade é a de se a condição de “cláusulas pétreas” abarca, além dos “direitos e garantias individuais” do artigo 5º da CF, também os direitos sociais do artigo 6º, os direitos dos trabalhadores (artigo 7º e seguintes) e mesmo as disposições sobre a nacionalidade e os direitos políticos para além da proteção do sufrágio, esta já contemplada pelo artigo 60, § 4º, da CF. Além disso, discute-se se direitos e garantias constantes em outras partes do texto constitucional (fora do Título II, próprio dos direitos fundamentais), bem como direitos consagrados em tratados de direitos humanos e mesmo direitos implicitamente positivados podem ser considerados como limites materiais à reforma constitucional.

Antes de adentrarmos com maior ênfase o problema dos direitos sociais, é necessário registrar, ao menos de acordo com a evolução doutrinária e jurisprudencial dominante no Brasil, que em princípio não apenas os direitos fundamentais expressamente elencados no Título II da CF, mas também direitos dispersos pelo texto constitucional encontram-se blindados em face do poder de reforma constitucional, como dá conta o paradigmático julgamento proferido pelo STF quando da impugnação da constitucionalidade do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 3/1993, ocasião na qual, além do reconhecimento de que as limitações ao poder de tributar estabelecidas no artigo 150, III, CF, correspondem, no plano subjetivo, a direitos e garantias fundamentais do contribuinte, também foi reconhecido que tais direitos e garantias não poderiam ser pura e simplesmente abolidas ou desconsideradas pelo poder reformador^[4].

A despeito da orientação noticiada, que em princípio aponta para uma exegese extensiva do conceito de direitos e garantias fundamentais, segue indispensável o enfrentamento de um problema que tem chamado ao debate segmentos expressivos da doutrina constitucional brasileira. Já numa primeira aproximação, resulta problemático saber se a noção de direitos e garantias individuais pode ser compreendida como equivalente à noção de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que todos os direitos fundamentais estariam cobertos já no âmbito dos limites materiais expressamente fixados pelo constituinte, ou se os demais direitos fundamentais (que não se enquadram na noção de direitos individuais) poderiam ser contemplados pela proteção reforçada das “cláusulas pétreas” na condição de limites materiais implícitos. Além disso, como já adiantado, segue sendo necessário discutir se todos os direitos fundamentais — incluindo os direitos sociais gerais e os direitos dos trabalhadores — integram

o elenco dos limites materiais à reforma constitucional. É precisamente disso que nos ocuparemos nas próximas colunas.

[1] Cf. SILVEIRA, José Néri da. “A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade”, op.cit., p. 207. Em sentido similar, v. também ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional”, op. cit., p. 176.

[2] Em sentido favorável aos limites materiais implícitos, v., por todos, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, 137 e ss., assim como BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165. Em sentido contrário, cf., por todos, FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. “Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas”. *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, 1995. p. 14.

[3] Cf. – no que diz com a República – a posição de HORTA, Raul Machado. “Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional”, in: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 78/79, 1994, p. 15-6.

[4] Cf. julgamento da ADIn 939/DF, Relator Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.1994. No âmbito da literatura, v., por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 176-77.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-mai-06/direitos-fundamentais-protecao-direitos-fundamentais-diante-emendas-constitucionais-parte/>