

A EXTENSÃO DA CLÁUSULA PÉTREA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CRIADOS PELO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Paula Kamyla Alves Ribeiro

Discente do curso de Direito do UNIFOR-MG

Nélida Reis Caseca Machado

Professora de Direito Constitucional do Curso de Direito do Unifor/MG

Especialista em direito público pela PUC Minas

RESUMO

Analisa, de acordo com os ensinamentos de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco, se os novos direitos e garantias fundamentais criados por emendas constitucionais são intangíveis. Objetiva contribuir para uma discussão acerca do tema, pois a questão ainda não foi objeto de manifestação direta pelo Supremo Tribunal Federal e, para tanto, faz-se necessário averiguar a relação entre o poder constituinte originário e o poder constituído/constituente de reforma para visualizar a subordinação e/ou dependência existente entre os mesmos, investigar o intuito das cláusulas pétreas, os direitos fundamentais criados pelo constituinte derivado e a proteção de tais direitos por essas cláusulas, a fim de se saber se os novos direitos acrescentados à Constituição poderão ou não ser supridos por uma emenda constitucional subsequente.

Palavras-chave: Poder constituinte; emendas constitucionais; cláusulas pétreas; direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais do homem merecem total proteção para serem resguardados e para que possam alcançar o maior número possível de indivíduos. Logo, a partir do momento em que uma mudança advinda de uma emenda constitucional pode representar uma ameaça a algum direito fundamental, é de grande importância uma análise mais aprofundada e uma discussão acerca dos mecanismos envolvidos.

Não obstante, observa-se quão complexa se torna a situação dos novos direitos incorporados no texto constitucional por meio das emendas quando se leva em conta a limitação do poder constituinte derivado perante àquele que o instituiu – poder constituinte originário.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou diretamente sobre o tema e nem proferiu decisão acerca da possibilidade de se retirar da Constituição direitos fundamentais incluídos no texto constitucional por meio de emendas, estando a discussão limitada ao campo doutrinário, com opiniões divergentes que envolvem desde a proteção aos direitos

fundamentais até o alcance do próprio poder constituinte de reforma, e ainda o respeito aos ditames do constituinte originário.

Assim, diante da seriedade com que deve ser enfrentada a questão quando se refere aos direitos fundamentais e da possível insegurança jurídica advinda da criação de um novo direito fundamental, que poderá ser abolido a qualquer tempo, uma pesquisa mais aprofundada está sendo realizada no trabalho de conclusão de curso, na tentativa de se chegar o mais próximo possível de uma solução lógico-jurídica benéfica, sendo traçadas agora as primeiras linhas.

2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

O poder constituinte originário é também conhecido como poder constituinte de primeiro grau ou genuíno, ao qual é atribuída a criação de uma nova Constituição, instituindo uma nova ordem jurídica estatal. Cabe a ele a definição de toda a estrutura do ente político, bem como das garantias dos cidadãos e das demais questões essenciais.

Segundo Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2010), o Poder Constituinte Originário é um poder inicial, pois dele derivam os demais poderes; ilimitado, juridicamente, porque não encontra limites no ordenamento jurídico anterior e incondicionado, pelo fato de não estar sujeito a nenhuma regra ou condicionamento para que se manifeste.

De outro lado, encontra-se o Poder Constituinte Derivado, conhecido como Poder Constituinte de segundo grau, instituído ou constituído que atua realizando alterações na Constituição vigente, através de emenda, de revisão do texto ou ainda, através da criação das constituições dos membros da Federação.

Esse poder de reforma é instituído pelo Constituinte Originário, e, por tratar-se de um poder derivado, que decorre da vontade do poder que o instituiu, é também subordinado e condicionado, pois está em posição hierarquicamente inferior submetendo-se, em seu exercício, sempre aos limites e às condições impostas pelo poder constituinte originário.

3 CLÁUSULAS PÉTREAS

A atuação do poder constituinte derivado na reforma da Constituição, através da produção de emendas constitucionais, obedece ao procedimento previsto no art. 60 da

Constituição da República de 1988. Por este dispositivo, o constituinte originário estabeleceu todas as questões pertinentes ao processo de produção de emendas constitucionais, inclusive os limites a serem observados pelo poder de reforma. Os limites são de ordem circunstancial - no tocante às circunstâncias em que é vedada a produção de emendas constitucionais -; processual - que diz respeito ao procedimento a ser observado para proposta e aprovação de uma emenda constitucional; e de ordem material - relacionada às matérias presentes na Constituição que não podem ser objeto de emendas.

As limitações de ordem material estão previstas no § 4º do art. 60 da Constituição da República:

Art. 60

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Essas limitações materiais correspondem às chamadas cláusulas pétreas, que, na lição de Alexandre de Moraes (2009), formam o núcleo intangível da Constituição. A finalidade de tais cláusulas seria a proteção das questões que o poder constituinte originário considerou relevantes ou essenciais. Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco ensinam que:

A finalidade das cláusulas pétreas é prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 253)

Assim, verifica-se que as cláusulas pétreas expressam a limitação do poder constituinte derivado perante aquele que o instituiu, devendo ser respeitadas quando de sua atuação, na produção de uma emenda constitucional.

Contudo, ressalte-se que embora se empreguem as expressões imutabilidade ou inalterabilidade para se referir às “cláusulas pétreas”¹ há que se observar em que termos não poderão ser realizadas as modificações no texto da Constituição através de uma emenda. Isso porque tais cláusulas não representam questões absolutamente invioláveis ou irreversíveis dentro do texto constitucional, mas, como o próprio § 4º do art. 60 estabelece, procura-se

¹ Atualmente essa nomenclatura não é a mais completa para designar o núcleo intangível da Constituição mas, em virtude do histórico do instituto, é a adotada por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco, utilizados como referência neste trabalho.

proteger os princípios básicos ali disciplinados de modificações que sejam *tendentes a abolir*, no sentido de suprimir ou de aniquilar, o núcleo considerado essencial pelo constituinte originário. Portanto, apresenta-se perfeitamente possível que as matérias protegidas por essas cláusulas sofram algum tipo de modificação através de uma emenda constitucional, desde que não seja afetado o seu núcleo essencial.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULA PÉTREA

Pelo inciso IV do §4º do art. 60 da CR/88, não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição que seja tendente a abolir os direitos e garantias individuais. O dispositivo evidencia a proteção de determinados direitos, quando da atuação do poder constituinte derivado.

Esses direitos e garantias individuais aos quais se refere o dispositivo são os presentes no rol do art. 5º da CR/88, bem como os demais direitos fundamentais constantes de outros dispositivos espalhados pela Constituição, como, por exemplo, os princípios tributários da irretroatividade e da anterioridade (art. 150, III a e b da CR/88). Tratam-se, pois, de elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição.

Contudo, cumpre esclarecer que a vedação expressa feita pelo legislador originário refere-se apenas à emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, não impossibilitando que o poder constituinte derivado, através de uma emenda, amplie e/ou explicita um direito já existente no intuito de aperfeiçoá-lo.

Sendo assim, o catálogo dos direitos fundamentais poderá ser ampliado pelo poder constituinte de reforma, estando vedada tão-somente a abolição de algum direito fundamental.

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CRIADOS PELO CONSTITUINTE DERIVADO E A PROTEÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Analisando a possibilidade da criação de novos direitos fundamentais por parte do poder constituinte de reforma através de uma emenda à Constituição, conjuntamente com a notável limitação imposta pelo poder constituinte originário a este poder, através das cláusulas pétreas, questiona-se a possibilidade de o poder constituinte derivado abolir os direitos fundamentais por ele incorporados à Constituição. Ou seja, diante da criação de um novo

direito fundamental pelo poder constituinte de reforma, este novo direito fundamental poderia ser retirado por uma nova emenda constitucional ou estaria protegido pelas cláusulas pétreas, tornando-se imunes à nova alteração?

Em que pese a existência de posicionamentos no sentido de que uma vez inseridos no texto constitucional, através de uma emenda, os novos direitos já se tornam cláusulas pétreas², uma análise da limitação do poder reformador permite outro raciocínio.

Isso porque deve-se levar em conta, primeiramente, o fundamento de existência das cláusulas pétreas, que está na vontade do poder constituinte originário de manter intactos os dispositivos por ele estabelecidos e que seriam, de alguma forma, essenciais. Ensina George Marmelstein:

Deste modo, o constituinte originário pretendeu criar uma barreira de proteção (ou garantia de eternidade) em torno dessa matéria, de tal forma que nem mesmo por maioria qualificada o Congresso Nacional pode revogar determinado direito considerado fundamental. (MARMELESTEIN, 2009, p. 264)

Observando-se que o poder constituinte derivado é um poder constituído, subordinado e, o mais importante, limitado em relação ao poder constituinte originário, as cláusulas pétreas são expressão desta limitação. Logo, inexistente a possibilidade de que o poder constituinte de reforma estabeleça limites a si próprio, criando direitos perpétuos, inalcançáveis por outras emendas constitucionais.

Neste sentido, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco (2009) ensinam que o novo direito fundamental que venha a ser estabelecido e que é, portanto, diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar, não poderá ser tido como um direito perpétuo, sendo possível sua abolição por uma emenda subsequente, ou seja, a proteção conferida pelas cláusulas pétreas no art. 60, §4º, IV da Constituição da República, não alcançaria os novos direitos fundamentais criados pelo poder constituinte derivado de reforma:

(...) A questão que pode ser posta, no entanto, é a de saber se os novos direitos criados serão também eles, cláusulas pétreas. Para enfrentá-la é útil ter presente o que se disse sobre a índole geral das cláusulas pétreas. Lembre-se que elas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma limite-se a si próprio. Como ele é o mesmo agora ou no futuro, nada impedirá que o que hoje proibiu, amanhã permita.

² Nesse sentido MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 553 p.

Enfim, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 259)

Sendo assim, um novo direito fundamental, inserido na Constituição através de uma emenda, poderá ser suprimido, a qualquer momento, por uma nova emenda constitucional:

Se o poder de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer – diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar – não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 259)

Logo, o catálogo dos direitos fundamentais constantes da Constituição pode ser ampliado pelo poder constituinte de reforma desde que os novos direitos estabelecidos não sejam cláusulas pétreas, haja vista que estas podem ser criadas somente pelo poder constituinte originário.

Ressalte-se que o poder constituinte de reforma poderá produzir emendas à Constituição, fazendo inserir no texto constitucional um novo direito, que será, na verdade, decorrente de um direito fundamental já existente, ou seja, acrescentará à Constituição um direito que venha especificar outro direito já instituído pelo poder constituinte originário.

Neste contexto, a questão se modifica. É que, neste caso, o direito, na verdade, já existia e já era protegido pela cláusula pétrea, sendo apenas especificado pelo poder constituinte de reforma e assim será também protegido pela cláusula pétrea.

Em outras palavras, o novo direito inserido na Constituição através de uma emenda, mas que nada mais é do que um aspecto ou uma explicitação de um direito fundamental já existente, estará protegido pela cláusula pétrea disposta no art. 60, §4º, IV da CR/88, não podendo ser extirpado do texto constitucional por uma nova emenda.

Tem-se como exemplo citado por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gonet Branco (2009) o direito à razoável duração do processo, inserido no texto constitucional pela emenda n. 45 de 2004, que é, na verdade, a especificação do direito de acesso à justiça e do direito ao devido processo legal, ambos inseridos na Constituição pelo constituinte originário, razão pela qual, já possuía a proteção da cláusula pétrea, não podendo ser abolido do texto constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a função precípua de estabelecer normas constitucionais, o poder constituinte atua tanto na criação de uma nova Constituição – poder constituinte originário – quanto na reforma do texto constitucional – poder constituído/poder constituinte derivado.

A atuação deste último é predeterminada pelo constituinte originário, estando submetido aos limites e às condições por ele impostos. Esses limites são claramente visualizados quando da reforma da Constituição através da produção das emendas constitucionais, procedimento previsto no art. 60 da Constituição da República de 1988.

O art. 60 traz limitações de ordem circunstancial, processual, e material. As de ordem material, § 4º do art. 60, dizem respeito às matérias presentes na Constituição que não podem ser objeto de emenda e correspondem às chamadas cláusulas pétreas.

Quanto aos direitos fundamentais, o inciso IV do § 4º do art. 60 da CR/88 estabelece que é vedada a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir tais direitos da Constituição, contudo, essa limitação, como é sabido, não impede a atuação do poder constituinte derivado na criação de novos direitos fundamentais, ou de direitos que venham a explicitar o rol de direitos fundamentais já existentes.

Com efeito, o que se questiona é se tais direitos fundamentais inseridos na Constituição por meio de emendas constitucionais seriam intangíveis, isto é, se receberiam a proteção como se cláusulas pétreas fossem, haja vista as limitações conferidas ao poder constituinte derivado, ou se poderiam ser alcançados por outras emendas constitucionais ou, ainda, se poderiam ser abolidos a qualquer momento do texto.

Em um raciocínio lógico-jurídico a conclusão a que se aproxima é a de que, partindo da premissa de que o poder constituído é limitado pelo poder constituinte originário, sem levar em conta outros limites atribuídos ao poder constituinte - limites transcendentais, limites imanentes e heterônomos - em virtude do marco teórico adotado neste trabalho, se aumentado ou explicitado o rol de direitos e garantias fundamentais via emenda, a proteção advinda da denominada cláusula pétrea só alcançará aqueles direitos que foram explicitados, vez que já teriam sido protegidos pela cláusula pétrea. Os novos direitos, por sua vez, poderiam ser objeto de nova emenda e, portanto, poderiam ser tirados do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004. 994 p.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010. 451 p.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 553 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. 805 p.

MOTTA, Silvio; BARCHET Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elseiver, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade das Leis**. São Paulo: Podivm, 2008. 209 p.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **O poder reformador na Constituição brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais**. São Paulo: RCS, 2006.