

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, CLÁUSULAS PÉTREAS E DEMOCRACIA: UMA PROPOSTA DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO DO ART. 60, § 4º, IV DA CF/88\*

RODRIGO BRANDÃO VIVEIROS PESSANHA\*\*

**RESUMO:** O artigo investiga a tensão entre a proteção dos direitos fundamentais por meio da norma do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988 e a democracia, apresentando as correntes de interpretação da solução dessa tensão, bem como aportes do autor para o estudo do tema.  
**PALAVRAS-CHAVE:** Cláusulas Pétreas; Democracia; Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The article investigates the tension between the protection of fundamental rights through the rule of art. 60, § 4º, IV, of the Brazilian Constitution, and democracy, presenting the interpretation currents for solving this tension as well as the author's inputs for the study of the subject.

**KEYWORDS:** Entrenchment Clauses; Democracy; Fundamental Rights.

**SUMÁRIO:** 1. A positivação superconstitucional dos direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro e no direito constitucional comparado; 2. Constitucionalismo, Democracia e Cláusulas Pétreas; 3. Síntese das diversas correntes de interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988; 4. Um passo além na interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88: direitos formal e materialmente fundamentais; 5. Aportes da filosofia constitucional contemporânea; 6. Conclusão.

**SUMMARY:** 1. The superconstitutional positivation of fundamental rights in Brazilian and compared constitutional Law; 2. Constitutionalism, democracy and entrenchment clauses;

---

*Artigo recebido em 21.12.2008 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 23.06.2009.*

\* Este artigo contém as principais ideias e conclusões desenvolvidas na dissertação de mestrado defendida perante a Banca composta pelos Professores Doutores Daniel Sarmiento (orientador), Luís Roberto Barroso e Cláudio Pereira de Souza Neto, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito da UERJ. Devo aos meus examinadores a minha mais sincera gratidão pela leitura atenta do trabalho, pelas valiosas sugestões e críticas formuladas – muitas delas incorporadas à versão da dissertação encaminhada para publicação –, e pelo estímulo à publicação deste artigo. A Daniel Sarmiento devo, contudo, um agradecimento especial, não apenas pela influência que o seu magistério tem exercido sobre a minha visão sobre o direito constitucional, mas por ter pensado o tema junto comigo, sempre atuando como um orientador presente e atencioso, além de ter sopesado as críticas e os elogios na medida certa para o aprofundamento da pesquisa e para a melhor estruturação da dissertação. Compartilho com ele os eventuais méritos que o trabalho possa ter, desde logo lhe exonerando dos defeitos, todos de inteira minha responsabilidade.

\*\* Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela UERJ, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da PGM/RJ, e Professor de Direito Constitucional da EMERJ, do IBMEC (Direitos Humanos), do Praetorium, do CEJ e da ESAP.

3. Synthesis of the main interpretation currents of art. 60, § 4º, IV, of the Brazilian Constitution; 4. A step beyond in the interpretation of art. 60, § 4º, IV: formally and materially fundamental rights; 5. Inputs from contemporary constitutional philosophy; 6. Conclusion.

## 1. A POSITIVAÇÃO SUPERCONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

A Constituição de 1988, como era de se esperar de uma Carta que, após uma longa vaga de autoritarismo, assumiu o status de marco jurídico do processo de redemocratização do país, incorporou o mais amplo rol de direitos e garantias fundamentais já previsto em constituições nacionais, trazendo-o, simbolicamente, para o início do seu texto.<sup>1</sup> Para além disto, inseriu os “direitos e garantias individuais” no elenco dos limites materiais explícitos ao poder de reforma, ao lado da forma federativa de Estado, do voto direto, universal e periódico e da separação dos Poderes (art. 60, § 4º).

A atribuição explícita de superconstitucionalidade aos direitos e garantias individuais consistiu em novidade de relevo do constituinte de 1988, pois era da tradição do direito positivo brasileiro considerar cláusulas pétreas apenas a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado (v. art. 90, § 4º, da Constituição de 1891, que incluía também a representação dos Estados no Senado, seguindo a fórmula norte-americana; art. 178, § 5º, da Constituição de 1934; art. 217, § 6º da Constituição de 1946; art. 51 da Constituição de 1967; e arts. 47 e 48 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969).<sup>2</sup>

No âmbito do direito constitucional comparado se constata que, até meados do século passado, a previsão de cláusulas pétreas era rara, consistindo, v.g., em exceções que confirmam essa regra a Constituição norte-americana (igualdade de representação dos Estados no Senado e forma republicana de governo: arts. V e IV, nº 3, respectivamente), a Constituição Norueguesa de 1814 (“princípios da Constituição, art. 21, do Título V) e a Constituição Francesa de 1884 (forma republicana de governo, art. 2º). Salienta Pedro de Vega que “terá sido no constitucionalismo do século XX, sobretudo nos textos aprovados no segundo pós-guerra, quando o estabelecimento de cláusulas de intangibilidade tornou-se prática generalizada na maioria dos ordenamentos”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 67 et seq. Ademais, o destaque conferido pela Constituição de 1988 à tutela dos direitos fundamentais é confirmado pela abertura de um título exclusivamente para os “direitos e garantias fundamentais”, no qual se inserem os capítulos I (direitos e deveres individuais e coletivos), II (direitos sociais), III (direitos da nacionalidade), IV (direitos políticos), V (partidos políticos); pela atribuição de eficácia imediata às suas normas (art. 5º, § 1º), vinculando os três poderes constituídos à sua observância; pela concessão de superconstitucionalidade aos “direitos e garantias” individuais (art. 60, § 4º, IV); pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais travadas pelo Brasil, etc.

<sup>2</sup> Havia de longa data, contudo, forte querela acerca de os direitos fundamentais consistirem, ou não, em limites materiais implícitos ao poder de reforma. Ver, a propósito, SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada edições Ltda, 1995, p. 92 et seq.

<sup>3</sup> VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. 5. reimpressão, Madrid: Tecnos, 2000, p. 245/246.

Ressalte-se, por exemplo, a positivação superconstitucional (i) da *forma republicana* (Constituições da França de 1946 e de 1958, da Itália de 1947, da Tunísia de 1959, da Turquia de 1961, do Gabão de 1961 e do Burundi de 1974); (ii) da *forma monárquica* (Constituições da Grécia de 1951, do Marrocos de 1962, e do Afeganistão de 1964); e (iii) da *religião islâmica*, (Constituições do Marrocos de 1962, e do Afeganistão de 1964), além de elencos mais amplos.<sup>4</sup>

Interessa-nos enfatizar, todavia, a inclusão expressa nos limites ao poder de reforma dos direitos fundamentais ou de vocábulos a partir dos quais eles possam ser inferidos. Este é o caso, v.g., das Constituições da República Checa de 1992 (características essenciais do Estado de Direito Democrático – art. 9º, nº 2), da Namíbia de 1990 (direitos fundamentais – art. 131), da Grécia de 1975 (respeito e proteção da pessoa humana, a igualdade dos cidadãos, a liberdade pessoal e religiosa – art. 110), da Turquia de 1982 (Estado de Direito laico e social, os direitos do homem – art. 4º), e, *as que mais impactaram o constituinte brasileiro, as Constituições de Portugal de 1976* (entre outras matérias, os direitos, liberdades e garantias do cidadão, os direitos dos trabalhadores, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico, o pluralismo de expressão e organização política, o direito de oposição democrática, a fiscalização da constitucionalidade por ação ou omissão de normas jurídicas, a independência dos Tribunais, etc. – originalmente art. 290 renumerado para 288), e a *Lei Fundamental de Bonn de 1949, da Alemanha* (organização da República em Estados federados, participação dos Estados na elaboração das leis federais, Estado federal, democrático e social, separação dos poderes, dignidade da pessoa humana, inviolabilidade e aplicação imediata dos direitos fundamentais, os princípios da constitucionalidade e da legalidade, o direito de resistência, etc. – art. 79).<sup>5</sup>

Recentemente, com a queda do Muro de Berlin e a “democratização” das ex-Repúblicas Soviéticas, verificou-se o entrincheiramento superconstitucional, entre outras cláusulas, de direitos individuais ou expressões correlatas, nas Constituições da Romênia (independência do Judiciário, pluralismo político e direitos e liberdades fundamentais – art. 148 (1 e 2)), da Ucrânia (exigências essenciais do Estado Democrático de Direito e direitos humanos – art. 257), e da Bulgária (inviolabilidade dos direitos humanos – art. 158).<sup>6</sup>

No que toca à possibilidade de o Judiciário controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais que transgridam cláusula pétrea, faz-se mister assinalar que o Supremo Tribunal Federal, desde 27 de setembro de 1926, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 18.178,<sup>7</sup> impetrado em face da Reforma Constitucional de 1926, vem afirmando, em tese, a sua competência para tal providência. A sindicabilidade

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 408/409.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 409/410.

<sup>6</sup> SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. “*The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*”. In: SANFORD, Levinson. *Responding to Imperfection – The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press, 1995, p. 290/291.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 18178. Paciente: João Maria Xavier. Coator: Poder Executivo. Relator: Min. Hermenegildo de Barros, Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. Revista Forense, 47, p. 748/827.

judicial das emendas foi reiterada, ainda em tese, por exemplo, no MS 20.257, relatado pelo ínclito Ministro Moreira Alves, e no julgamento da ADIn nº 829.<sup>8</sup> Apenas com a edição da Constituição de 1988, contudo, é que uma tal competência veio a consolidar-se, através do seu concreto exercício. De fato, somente em 15 de dezembro de 1993, o Supremo Tribunal Federal, na importante decisão proferida no julgamento da ADIn nº 939-DF,<sup>9</sup> declarou efetivamente a inconstitucionalidade de dispositivos insertos na Emenda Constitucional nº 03/1993, que excluía o IPMF da incidência do princípio da anterioridade tributária.<sup>10 11</sup>

Cumprir notar que o STF se aproximou da orientação fixada pelo Tribunal Constitucional Alemão (Bunderverfassungsgericht) que, desde o julgamento do caso da “privacidade de comunicação”<sup>12</sup> (1970), vem afirmando, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas constitucionais.<sup>13</sup> O autoreconhecimento dessa competência pela Excelsa Corte parece, inclusive, bastante natural, eis que o Tribunal Constitucional Alemão também se julga competente para exercer o controle da constitucionalidade de normas constitucionais originárias (oriundas do exercício

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 829. Requerente: Partido da Reedificação da Ordem Nacional. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 14 de abril de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006; RTJ – 156, p. 451 a 495.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Sidney Sanches, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006; RTJ – 151, p. 755-841.

<sup>10</sup> Neste sentido, anotou o Min. Paulo Brossard: “Pela primeira vez, a constitucionalidade de uma emenda constitucional ou de aspectos de uma emenda constitucional chega até o Supremo Tribunal e é por ele enfrentada e decidida”. ADIn nº 939-DF, cit., RTJ 151, p. 837.

<sup>11</sup> Na ocasião, o STF declarou a inconstitucionalidade, entre outros preceitos, da expressão o “art. 150, III, b e VI” contida no § 2º, do art. 2º da Emenda Constitucional nº 03, que excluía a aplicação da anterioridade tributária (art. 150, III, a) e das imunidades arroladas no art. 150, VI, da Constituição da República, ao imposto provisório sobre a movimentação financeira (IPMF). Por arrastamento, o STF também declarou a inconstitucionalidade dos arts. 3º, 4º, 8º e 28 da Lei Complementar nº 77/93.

<sup>12</sup> BverfGE, Sentença 30, 1, de 15 de dezembro de 1970.

<sup>13</sup> No caso da “privacidade de comunicação”, o Tribunal Constitucional julgou constitucional emenda que modificara o art. 10 da Lei Fundamental de Bonn, a qual, com o escopo de proteger a soberania nacional e combater inimigos estrangeiros e domésticos, conferia ao Parlamento poderes para editar lei que permitisse ao Executivo fiscalizar comunicação de pessoa sem a sua ciência, afastando, ademais, o controle judicial dos atos administrativos destinados a efetivar a referida fiscalização. Suscitou-se a sua inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, sob o argumento de que restariam violados os arts. 1 e 20 da Lei Fundamental, notadamente os princípios da dignidade humana e do Estado de Direito, erigidos à condição de cláusulas de pelo art. 79, III da Lei Fundamental.

A Corte, após afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de emenda constitucional, considerou a emenda em tela constitucional, sob o argumento principal de que “não é permitido aos inimigos da Constituição colocar em risco, prejudicar, ou destruir a existência do Estado sob o pálio da proteção de direitos conferida pela Lei Fundamental”. Adotou-se, portanto, uma concepção minimalista a respeito da interpretação dos limites materiais ao poder de reforma, na medida em que estes se destinariam apenas a evitar que “a ordem constitucional seja destruída, na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização de regime totalitário”. Ver, respectivamente, BverfGE, 30:1 (24) *apud* KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. London: Duke University Press, 1997. p. 228; BverfGE, 30:1 (24) *apud* MENDES. Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 252.

do poder constituinte originário),<sup>14</sup> distanciando-se da posição adotada, neste particular, pelo Supremo Tribunal brasileiro.<sup>15</sup>

Por outro lado, ainda no que tange à questão específica da sindicabilidade judicial das emendas constitucionais, o STF se afastou da postura severamente auto-restritiva adotada pela Suprema Corte dos EUA, que, para além de nunca haver proclamado a sua competência para controlar a constitucionalidade de emendas, já se pronunciou, em diversas oportunidades, que, em regra, uma tal aferição escapa às atribuições do Poder Judiciário, por se cuidar de questão política.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Com efeito, salienta Gilmar Mendes que o Tribunal Constitucional, na esteira de precedente da Corte Constitucional da Baviera e de importantes contribuições doutrinárias (sobretudo a de Otto Bachof, no seu clássico *Normas Constitucionais Inconstitucionais*) reconheceu, na decisão de 23.10.53 (BverfGE 1, 14 (17)), “a existência de direito suprapositivo e a sua competência para aferir a validade das normas com base nesses princípios”.

Em decisão posterior (BverfGE 3, 225), o Tribunal assentou que, caso admitisse a sua incompetência para controlar a constitucionalidade de norma constitucional originária, mesmo que esta se confrontasse claramente com princípios suprapositivos de justiça, esta atitude demissionária representaria “uma recaída na concepção intelectual do positivismo jurídico despido de valores, há muito superado pela doutrina e pela jurisprudência. Exatamente a experiência com o regime nazista ensinou-nos que o legislador é capaz de perpetrar injustiças graves (...). Também o constituinte originário pode ultrapassar os limites da justiça.” Ressalvou, porém, que “a possibilidade de que o legislador democrático-liberal possa ultrapassar esses limites parece tão restrita, que a possibilidade teórica de normas ‘constitucionais originariamente inconstitucionais’ aproxima-se muito de uma impossibilidade prática”. Ver, respectivamente, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. p. 116; BverfGE 3, 225 (232-233).

<sup>15</sup> A propósito, por ocasião do julgamento da ADIN 815-3-DF, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul sustentara que o § 1º, do art. 45, da Constituição de 1988, ao estabelecer limites mínimo e máximo (oito e setenta, respectivamente) de Deputados por Estado, promovera uma sub-representação dos Estados mais populosos, e, inversamente, uma super-representação dos menos populosos, violando o princípio suprapositivo da igualdade, e o seu corolário no âmbito político, a igualdade do voto.

No julgamento proferido em 28.03.1996, o STF não conheceu da ação, por reputar juridicamente impossível o controle da constitucionalidade de norma constitucional originária. No voto do Ministro Moreira Alves, Relator do processo, salientou-se que a alvitrada hierarquia entre normas constitucionais originárias afigurar-se-ia “incompatível com o sistema de Constituição rígida”, de maneira que eventual incompatibilidade de norma constitucional originária com o direito natural insere-se no plano da legitimidade e não da inconstitucionalidade, não tendo, no particular, competência o Supremo Tribunal Federal, órgão do Estado, que, por haver recebido suas competências do poder constituinte originário, não pode atuar como fiscal da legitimidade do seu exercício. Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves, 28 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2006. (RT 732/147).

<sup>16</sup> Julgado paradigmático foi proferido em *Coleman v. Miller* (307 US 433 (1939)), no qual a Suprema Corte dos EUA apreciou as seguintes questões: (i) poderia o governador de Kansas ter proferido voto de minerva no âmbito da legislatura do respectivo Estado, no que toca à ratificação de projeto de emenda que dispunha sobre trabalho infantil (a qual nunca chegou a ser ratificada por dois terços dos Estados)?; (ii) pode um Estado ratificar emenda que antes havia rejeitado?; (iii) pode um Estado ratificar uma proposta de emenda a qualquer tempo (no caso havia se passado treze anos da sua propositura)? O Tribunal dividiu-se a respeito de o primeiro tópico encerrar ou não questão política, acabando por manter, sem expressar uma visão a respeito da sindicabilidade judicial da questão respectiva, a decisão da Corte Suprema do Kansas que se negara a invalidar a participação do governador. Quando aos demais, por uma maioria de sete a dois, o Tribunal considerou-os questões políticas, e, por conseguinte, judicialmente insindicáveis. Vale destacar que quatro juízes (Black, Roberts, Felix Frankfurter e William Douglas) davam à decisão uma maior extensão, para reconhecer uma completa discricionariedade do Congresso no exercício da competência que lhe foi deferida pelo art. V, não possuindo nenhum juiz ou Tribunal autoridade constitucional para controlar, em qualquer medida ou aspecto, a constitucionalidade de emendas constitucionais. Tal orientação genérica, contudo,

## 2. CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E CLÁUSULAS PÉTREAS

A tendência de, em resposta à banalização do mal e à descartabilidade do ser humano verificadas no nazismo, serem inseridas garantias inerentes à dignidade da pessoa humana entre as chamadas cláusulas pétreas, e, notadamente, a atribuição a elas de uma eficácia jurídica efetiva mediante o reconhecimento da possibilidade de o Judiciário invalidar emendas constitucionais que lhe sejam contrárias, consiste em tópicos do direito constitucional contemporâneo em que se evidencia e potencializa, de modo especialmente intenso, a tensão entre constitucionalismo e democracia, cujos conceitos serão delineados, de forma esquemática e simplificada, no seguinte parágrafo.

Pois bem. Embora, na prática, se constate uma forte interdependência entre constitucionalismo e democracia – soando como um *nonsense*, cogitar-se, i.e., de uma democracia não-constitucional –, as democracias constitucionais, verdadeiros modelos institucionais de justiça política nas sociedades ocidentais contemporâneas, guardam em seu âmago um paradoxo entre compromissos colidentes, a saber: o ideal de um governo limitado pelo direito (constitucionalismo em sentido estrito) e o de um governo do povo (democracia).<sup>17</sup> Assim, poder-se-ia dizer que, embora ambos os conceitos se vinculem à exigência de legitimidade no exercício do poder político, o ideário constitucionalista se atém à extensão deste poder (até que ponto podem os governos dispor sobre a vida dos cidadãos?), e o democrático à sua fonte (quem deve estabelecer tais normas?), de maneira que, enquanto o primeiro se volta à limitação do poder político, o segundo redundando no seu fortalecimento.

Neste ponto, cumpre assinalar que a positivação constitucional dos direitos e garantias individuais se destina, notadamente, a promover a limitação jurídica do poder político em prol da proteção do indivíduo, escopo que, como visto, integra a essência do constitucionalismo moderno desde a sua gênese, no período pós-revolucionário. Com efeito, a previsão constitucional dos direitos e garantias individuais tem por finalidade colocar prerrogativas inerentes à dignidade humana acima do poder de deliberação dos órgãos do Estado, de forma a evitar que maiorias políticas ocasionais, empolgadas com êxitos eleitorais conjunturais, coloquem em risco a sua tutela.

Ocorre que a efetiva retirada dos direitos individuais do alcance das maiorias políticas ocasionais, especialmente do Poder Legislativo, somente se tornou factível com a universalização das noções de rigidez constitucional e de controle de constitucionalidade, algo que se verificou apenas na segunda metade do século passado. Efetivamente, no período entre as revoluções burguesas e o segundo pós-guerra, prevaleciam na Europa Continental as Constituições Flexíveis,<sup>18</sup> cujas normas só diferem das leis pela matéria, mas não pela hierarquia, já que o procedimento apto a produzi-las é idêntico. Assim, no caso de incompatibilidade entre norma constitucional e lei superveniente, deveria prevalecer a última, já que, inexistindo hierarquia, o

---

não foi acolhida pela maioria do Tribunal. Ver TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Vol. I, 3 ed. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 104; HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 60/61.

<sup>17</sup> MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 4 et seq.

<sup>18</sup> A tradicional classificação das Constituições em rígidas e flexíveis é da lavra de BRYCE, James. *Constitutiones flexibles y Constitutiones rígidas*. Madrid, 1963.

conflito normativo haveria de resolver-se mediante o critério cronológico. A ausência de uma efetiva supremacia da Constituição sobre as leis e, via de consequência, a inexistência do controle de constitucionalidade como mecanismo apto a dar-lhe garantia, gerava a não-vinculação material do legislador ao conteúdo constitucional dos direitos individuais, já que, na prática, o Legislativo tinha plenos poderes para configurá-lo.

A partir do segundo pós-guerra, entretanto, se generalizou modelo de Constituição que, antes, se consubstanciava em peculiaridade do desenho institucional norte-americano.<sup>19</sup> Refere-se às Constituições Rígidas, cuja nota distintiva é a supremacia hierárquica que ostentam em face das leis em geral, mercê de sujeitarem-se a processo de reforma mais rigoroso do que o atinente à produção de leis, de maneira que, na hipótese de conflito entre “lei constitucional” e lei ordinária, prevalece a primeira, pois, embora cronologicamente anterior, goza de maior hierarquia. Neste modelo, compete ao Judiciário dirimir o conflito através da declaração da inconstitucionalidade da lei, de modo a zelar pela supremacia da Constituição, e, mais especificamente, pela vinculação do Legislador ao conteúdo constitucionalmente previsto dos direitos individuais.

É bem de ver, contudo, que o exercício do controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário apresenta, quando menos *prima facie*, alguns problemas de justificação no seio de um regime político democrático. Alude-se a duas dificuldades, uma de caráter temporal e outra de caráter semântico.<sup>20</sup> A primeira consiste na vinculação da vontade política atual – corporificada nas leis – às deliberações de uma maioria constituída no passado – contida nas normas constitucionais –, algo que, a princípio, contrasta com a circunstância de o ideal democrático de autogoverno do povo preconizar que a geração atual, e não gerações passadas, deve estatuir as normas jurídicas que regerão a vida em sociedade, sob pena de instaurar-se “governo dos mortos sobre os vivos”.<sup>21</sup>

A segunda (dificuldade semântica) consiste no déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos e isentos de responsabilidade eleitoral no tocante à invalidação de decisões tiradas pela maioria dos representantes do povo, sobretudo quando a decisão judicial em tela se fundamentar em princípios constitucionais de alta abstração e densidade moral (i.e.: direitos e garantias individuais), a qual se convencionou chamar de dificuldade contramajoritária.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Para uma proficiente descrição deste fenômeno, ver ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism, in *Yale Law School Occasional Papers*, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997, p. 01/20. Salvo a nossa Constituição Imperial de 1824 (que era semi-rígida), todas as demais Constituições brasileiras são rígidas e comportam o controle jurisdicional da constitucionalidade.

<sup>20</sup> SARMENTO. A ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado* nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>21</sup> A perplexidade do estabelecimento de um governo dos mortos sobre os vivos já fora manifestada, no século XVIII, por Thomas Paine e por Thomas Jefferson. Para o último, a Constituição deveria ser revista a cada dezenove anos, conferindo, assim, à nova geração a possibilidade de ratificar, ou não, as deliberações da geração anterior. Nesta linha, dispõe o art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.” Ver BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

<sup>22</sup> A expressão foi consagrada na clássica obra de BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Na doutrina nacional,

Tais dificuldades são potencializadas ante a adoção no Brasil do controle difuso de constitucionalidade, de maneira que, não apenas um órgão judicial ou político, mas todos os juízes e Tribunais podem afastar o resultado da deliberação do Parlamento. Especificamente no que toca ao controle jurisdicional da constitucionalidade de emendas constitucionais à luz da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais, objeto central das nossas preocupações, verifica-se um incremento dos óbices teóricos antes referidos, basicamente em virtude de dois fatores.

O primeiro decorre da circunstância de as cláusulas pétreas serem limites materiais ao poder de reforma constitucional, o qual se consubstancia no mais elevado processo político-deliberativo disciplinado pelo direito positivo. Assim, tais cláusulas só podem ser abolidas pelas vias de fato de uma nova manifestação do poder constituinte originário, que substitua a ordem jurídica vigente por uma nova, de forma a associar-se a sua sorte, ao fim e ao cabo, ao destino do ordenamento jurídico como um todo.

Note-se que, se o art. 60, da CF/88 confere, claramente, ao Congresso Nacional, o poder de alterar as normas constitucionais (poder constituinte derivado), compete-lhe atualizar a Constituição, dispondo sobre a melhor configuração do direito constitucional positivo em dado momento histórico. Assim, não há óbice a que o Congresso aprove emenda constitucional que, através da alteração da norma constitucional que fundamentou decisão do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei, disponha de modo contrário à jurisprudência deste Excelso Tribunal, desde que a decisão do STF se baseie em norma constitucional que não ostente o *status* de cláusula pétrea.<sup>23</sup> A possibilidade de o Congresso Nacional superar jurisprudência constitucional do STF não se verifica, todavia, quando o Supremo vislumbra a incompatibilidade de emenda constitucional com o teor de cláusula pétrea. Isto porque, nesta hipótese, sendo o fundamento normativo da decisão judicial limite material imposto pelo constituinte originário ao derivado, restará aos insubmissos tão-somente a aprovação de nova Constituição, restando vedada a via da emenda constitucional.<sup>24</sup>

---

ver a célebre obra de BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. p. 163.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. p. 69. Como exemplos de superação pelo Congresso Nacional, através da edição de emenda constitucional, da jurisprudência do STF sobre norma constitucional que não possuía a natureza de cláusula pétrea, cite-se os casos da EC nº 19/98 (inclusão de vantagens de caráter pessoal no cômputo do teto remuneratório do serviço público), EC nº 29/2000 (admissibilidade da progressividade do IPTU não apenas para a promoção das finalidades extrafiscais previstas no art. 182 da CF/88), e EC 39/2002 (cobrança de contribuição para o custeio da iluminação pública).

<sup>24</sup> O STF já teve a oportunidade de afirmar que a superação da sua jurisprudência pelo Congresso Nacional está condicionada à aprovação de emenda constitucional, sendo vedada a superação por lei ordinária, sob pena de o STF ter o exercício das suas atribuições constitucionais sujeito a descabido “referendo do Congresso Nacional”. Tal orientação foi firmada por ocasião da declaração da inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 10628/2002, que inserira os parágrafos 1º e 2º no art. 84 do Código de Processo Penal, com o escopo de reverter as orientações do STF no sentido da inexistência de foro por prerrogativa de função no Supremo em favor de ex-detentores de cargos públicos e na hipótese específica da ação de improbidade administrativa. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2797/DF e 2860/DF. Requerentes: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-CONAMP e Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 15.09.2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

No primeiro caso cogitado, a mera circunstância de a prevalência da orientação do Congresso sobre a do STF estar sujeita à observância do processo legislativo qualificado das emendas constitucionais<sup>25</sup> já suscita uma dificuldade de justificação democrática, tendo em vista a exigência de supermaiorias (i.e.: quorum qualificado de três quintos) viabilizar que minorias obstaculizem as deliberações da maioria atual, não necessariamente para proteger os seus direitos individuais, mas também para preservar os seus privilégios.<sup>26</sup> Na hipótese específica dos limites materiais ao poder de reforma, na qual nem mesmo supermaiorias dos representantes do povo podem superar a decisão judicial em tela, mas apenas a edição de uma nova Constituição (algo que não-raro se revela inviável, pelos prejuízos que a contínua sucessão de ordens constitucionais causaria à segurança jurídica), parece especialmente forte a objeção de que a sua previsão implicaria a negação de poder soberano às maiorias e gerações atuais, em verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, reforçando, portanto, o aspecto temporal da crítica dirigida ao controle de constitucionalidade.

O *segundo* fator decorre da circunstância de os direitos e garantias individuais se consubstanciarem, via de regra, em princípios constitucionais marcados pela alta abstração semântica e densidade moral.

Tendo em vista que o texto dos enunciados normativos delimita a atividade criativa do intérprete, pois, a princípio, não lhe é dado proferir interpretação *contra legem*, a fluidez inerente às normas de caráter principiológico, tão comuns nos catálogos constitucionais de direitos, amplia a liberdade de atuação do juiz na invalidação das decisões supermajoritárias do Congresso Nacional.

Por outro lado, o profundo desacordo existente em uma sociedade pluralista acerca do conteúdo moral dos direitos fundamentais agrega complexidade e subjetividade à tarefa de o Judiciário identificar o seu conteúdo concreto. Waldron, a propósito, afirma inexistir uma resposta certa acerca do conteúdo dos direitos individuais, já que, superada a concepção jusnaturalista acerca da sua auto-evidência, verifica-se um ambiente de concorrência entre teorias de justiça razoáveis. Desta forma, a positivação constitucional dos direitos e garantias individuais se consubstancia em atitude que combina *autoconfiança* e *desconfiança injustificadas: autoconfiança*, no sentido de estar-se certo de que aquilo que foi retirado do processo deliberativo ordinário é, de fato, matéria de direito fundamental, assim como inexistirão controvérsias a respeito da sua interpretação e aplicação; *desconfiança*, pois está implícita na positivação constitucional a noção de que qualquer visão alternativa adotada pelo legislador em um ou dez anos será patentemente equivocada e desbaratada, de maneira que a perspectiva do seu autor deve ser imediatamente colocada acima do alcance da revisão legislativa.<sup>27</sup>

À vista da suposta incompatibilidade de tal perspectiva com o forte desacordo relativo ao conteúdo moral dos direitos individuais, não se deve deixar impressionar

---

<sup>25</sup> No Brasil, verifica-se, v.g., o maior rigor na iniciativa, o quorum de três quintos e os dois turnos de votação art. 60, p. 1 e 2, da CF/88), enquanto as leis ordinárias, para além da iniciativa mais ampla (art. 61 CF/88), estão sujeitas ao *quorum* de maioria simples, em um único turno de votação (art. 47).

<sup>26</sup> Ver infra o breve comentário à crítica de Waldron.

<sup>27</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 222.

pelo fato de discursos supostamente fundados em direitos frequentemente haverem encoberto hipóteses de entrincheiramento constitucional de privilégios, nos quais elites bem articuladas utilizaram-se das supermaiorias necessárias à reforma da Constituição para evitar alterações do status quo, colocando injustiças à margem do poder corretivo da maioria atual.<sup>28</sup>

Ora, se, em um regime democrático, as decisões política e moralmente relevantes – dentre as quais se destaca a alusiva à determinação do conteúdo dos direitos individuais – devem ser tomadas, preferencialmente, pelos representantes do povo, dotados de legitimidade democrática, a invalidação de emendas constitucionais com lastro nos direitos individuais parece apresentar, de forma especialmente intensa, uma dificuldade contramajoritária.

Desta forma, apesar de inspirados pela pretensão do constitucionalismo liberal de atribuir-se aos direitos fundamentais a elevada função de trunfos contra atos estatais arbitrários, afigurar-se-ia correto considerar o entrincheiramento superconstitucional destes direitos e a sua tutela por juízes um iníquo mecanismo destinado a assegurar um “governo dos mortos sobre os vivos”, zelado por uma elite de juízes-filósofos, em frontal incompatibilidade com o direito de a geração atual reger-se de acordo com as normas de sua eleição, consectário inafastável da democracia?

A propósito da compatibilidade entre o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais e a democracia - objeto central da referida indagação -, há no constitucionalismo contemporâneo, basicamente, três correntes doutrinárias, as quais serão delineadas nas seguintes linhas com abstração de algumas peculiaridades das contribuições pessoais dos respectivos autores, em prol de uma visão sistematizada e didática.

Uma primeira linha de pensamento preconiza que o exercício de tal mister pelo Judiciário redundaria em lesão à democracia, de maneira que, na prática, as cláusulas pétreas veiculariam limites meramente políticos, isto é, despidos de eficácia jurídica efetiva, na medida em que dirigidos exclusivamente ao constituinte-reformador, mas não ao Judiciário. (chamar-se-á de tese 1 ou T.1). A conclusão do exposto é que a circunstância de o poder de reforma observar, ou não, os “limites” estatuídos pelo constituinte originário encerraria questão política, insindicável judicialmente.<sup>29</sup>

Uma tal concepção lastreia-se, especialmente, nas seguintes razões: (i) *inexistência de diferença de natureza entre o poder constituinte e o poder de revisão*: ambos são expressões da soberania, do poder constituinte do povo e, no âmbito de uma democracia representativa, ambos são exercidos pelos representantes do povo; (ii) *inexistência de distinção entre normas constitucionais originárias e derivadas*: todas elas estão inseridas

---

<sup>28</sup> Cite-se, p. ex., a previsão contida no art. 5º da Constituição dos EUA no sentido de que, até 1808, o direito de ter escravos não poderia ser suprimido por reforma constitucional. Ver WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004; ver também DAHL, Robert. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989, p. 153-160.

<sup>29</sup> Neste sentido, VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional – I Teoría Constituyente – Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975; LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. p. 188 et seq. DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3 ed. Paris: Ancienne Librairie Fontémoin, 1930.

no mesmo sistema normativo e gozam de idêntica hierarquia e eficácia jurídica, prevalecendo, portanto, a posterior;<sup>30</sup> (iii) *os limites ao poder de reforma não impedirão a mudança caso esta seja a vontade efetiva do povo*, atuando, em tempos normais, como “uma luz vermelha útil frente a maiorias parlamentares interessadas na aprovação de emendas constitucionais (...), mas em momentos de crise são apenas pedaços de papel varridos pela realidade política”.<sup>31</sup> A par de não conterem o ímpeto de mudança, (iv) *fomentariam a ruptura institucional*: pois, ao se pressupor a insuficiência de “constrangimentos jurídicos” subjugarem, de fato, a vontade popular majoritária, a impossibilidade jurídica de alteração de determinados conteúdos normativos teria como único efeito prático levar as maiorias atuais ao caminho da revolução, à nova manifestação do poder constituinte originário, com prejuízos óbvios à segurança jurídica e à estabilidade das instituições políticas.<sup>32</sup>

Por outro lado, há corrente doutrinária que atribui às cláusulas pétreas a natureza de limites jurídicos efetivos ao poder de reforma constitucional, de modo que, verificando-se a incompatibilidade entre emenda constitucional e cláusula pétrea, seria dever do Judiciário, em sistemas dotados de *judicial review*, a declaração da inconstitucionalidade de emenda constitucional (tese 2, ou T. 2).<sup>33</sup> Fundamentam tal assertiva nos seguintes argumentos: (i) *natureza do poder de reforma da Constituição*: enquanto poder constituído, é dizer, criado pela Constituição, está por ela juridicamente limitado; e da (ii) *função do poder de reforma da Constituição*: como corolário da sua natureza constituída e limitada, destina-se a pavimentar um caminho institucional apto a promover, sem ruptura da ordem jurídico-constitucional, (ii.1) a correção de

---

<sup>30</sup> MIRANDA. Op. cit., p. 415.

<sup>31</sup> LOEWENSTEIN. Op. cit., p. 190.

<sup>32</sup> VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional – I Teoría Constituyente – Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Buenos Aires: 1975. p. 188.

<sup>33</sup> Ver, neste sentido, SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992 (especialmente os capítulos três e onze). BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1966. VEGA. Op. cit., p. 235 e et seq. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 297 et seq. No direito brasileiro, doutrina amplamente majoritária afirma que compete ao Judiciário o controle da constitucionalidade de emendas constitucionais. Cite-se, à guisa de ilustração, SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995. p. 82 et seq.; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 200 et seq.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 67 et seq.; BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios), in: BARROSO. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, Rio de Janeiro, 2005. p. 167/219; HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, n. 121, jan/mar, 1994; COELHO, Inocêncio Mártires. Os Limites da Revisão Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, nº 113, jan/mar, 1992; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 12, nº 46, jan/março, 2004; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 197 et seq.; COSTA e SILVA, Gustavo Just da. *Os limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Biblioteca de Teses, 2000, p. 223 et seq.; SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e Reforma da Previdência. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). *A reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controversos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 1/49.

juízos de prognose do constituinte que o tempo provou não se revelarem acertados, ou (ii.2) a adaptação do direito constitucional positivo à realidade superveniente, mantido, todavia, o núcleo que confere identidade ao regime constitucional.<sup>34</sup> Incurrerá, portanto, em *fraude constitucional*<sup>35</sup> o órgão de reforma da Constituição que se arvora na condição de criar uma nova Constituição, ou de substituir o seu próprio fundamento, hipótese na qual se verificaria tentativa de usurpação do poder constituinte originário.

Do exposto se infere uma (iii) distinção de natureza entre poder constituinte originário e derivado (ou poder de reforma): enquanto o primeiro consistiria na máxima expressão da soberania popular, tendo, via de consequência, natureza puramente política, *supra legem ou legibus solutos*, a prerrogativa de reformar-se a Constituição assumiria a natureza de um poder constituído, porquanto, não obstante o seu exercício dar azo a normas constitucionais de idêntica hierarquia às ditas originárias, mercê do princípio da unidade da Constituição, seria instituído e limitado pelo poder constituinte originário. Assim, (iv) caso o poder constituinte derivado vá de encontro aos limites ao poder de reforma (v.g.: as cláusulas pétreas) atuará de modo inválido, razão pela qual a norma por ele produzida – que se convencionou chamar de norma constitucional derivada – que contraste com cláusula pétrea, será inconstitucional, competindo ao Judiciário, em países dotados de controle judicial de constitucionalidade, negar-lhe validade jurídica.<sup>36</sup>

Neste ponto, cumpre destacar que os argumentos que embasam as teses que afirmam o caráter juridicamente vinculante (T.2), ou a possibilidade de superação dos limites ao poder de reforma (T.1), promovem, respectivamente, uma enfatização dos ideais constitucionalista (limitação do poder) e democrático (autogoverno do povo).

---

<sup>34</sup> Paradigmática, no particular, se afigura a concepção de Carl Schmitt. Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit., especialmente capítulos três e onze.

<sup>35</sup> Salienta Pedro de Vega que, sob a fórmula fraude constitucional, extraída da doutrina francesa da *fraude à la Constitution*, “entende-se a utilização do processo de reforma para, sem romper com o sistema de legalidade estabelecido, proceder à criação de um novo regime político e um ordenamento constitucional diferente.” VEGA. Op. cit., p. 291.

<sup>36</sup> Cumpre ser citada, ainda, a tese da “dupla reforma”, defendida no direito brasileiro por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em cujo âmbito “afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas, ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os prevêm, como normas de direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites”. Cuida-se, como salientado, com acuidade, por Jorge Miranda, de uma postura só aparentemente intermédia, porquanto a proclamação da eficácia jurídica das cláusulas pétreas não as torna, efetivamente, insuscetíveis de supressão pelo poder de reforma. Ao contrário, o afastamento de cláusula pétrea por emenda constitucional, assim como na primeira tese, poderá ser obtido, apenas exigindo que se percorra um *iter* procedimental bifásico, consistente na aprovação de duas emendas constitucionais: a primeira, para a supressão da norma veiculadora do limite material e, a segunda, para a incorporação à Constituição de disciplina normativa diametralmente antagônica ao conteúdo essencial da cláusula pétrea. Com efeito, a tese da dupla reforma se consubstancia em variação da tese 1, por redundar na superabilidade das cláusulas pétreas, ainda que mediante um procedimento de duas fases. Ver MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 413. Para uma consistente refutação desta concepção, conferir SILVA, Luís Virgílio Afonso. Ulisses, as sereias, e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 226:11-32.

Com efeito, a tese 1 promove uma leitura “democrática” da natureza e das funções do poder de reforma da Constituição, destacando o seu caráter constituinte, na medida em que considera o poder de reforma expressão legítima da soberania e, via de consequência, um poder pré-político, soberano e ilimitado (*legibus solutus*), equiparando-o, portanto, ao poder constituinte originário. A consequência evidente dessa equiparação é a não-sujeição do poder de reforma a qualquer espécie de constrangimento jurídico efetivo, mas apenas a limites relativos, superáveis, pois as reformas seriam fruto de manifestações livres e soberanas do poder constituinte, revelando as normas dele advindas matérias de índole puramente política, insuscetíveis de aferição jurídica.

Admitir-se a insuperabilidade dos limites – v.g.: através da instituição de controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas como mecanismo apto à sua garantia – corresponderia a conceder às gerações em geral um poder menor do que o atribuído à geração constituinte, porquanto apenas os *founding fathers* ostentariam um poder soberano (por definição, juridicamente ilimitado), estabelecendo, pois, um “governo dos mortos sobre os vivos”, que atentaria, a mais não poder, ao direito de autodeterminação das gerações e ao princípio democrático que o fundamenta.

Por outro lado, a tese 2 vê o poder de reforma a partir de uma perspectiva “constitucionalista”, porquanto o concebe como uma faculdade normativa que se situa em um ponto intermediário entre o poder constituinte originário e o poder legiferante ordinário. Isto porque, o poder de reforma da Constituição, ao gerar normas constitucionais, consubstancia-se em uma prerrogativa extraordinária – uma “competência de competências”. Daí se aludir à sua natureza constituinte que, portanto, não significa a sua equiparação ao poder constituinte originário, pois, ao contrário do último, busca fundamento de validade na Constituição, do que decorre a sua natureza juridicamente limitada.

Uma resposta teoricamente consistente à crítica de que a limitação do poder constituinte derivado por normas previstas pelo constituinte originário significaria atribuir-se um poder soberano à geração constituinte e negá-lo às demais, é a noção de pré-compromisso constitucional, na medida em que logra reconciliar o controle da constitucionalidade de emendas à democracia.<sup>37</sup> Tal ideia, desenvolvida por Jon Elster,<sup>38</sup> é bem ilustrada pelo conto mítico de Ulisses e as Sereias, relatado por Homero no Livro XII da *Odisseia*, segundo o qual Ulisses, tendo sido advertido por Circê que, ao passar pela ilha das sereias acabaria por sucumbir ao seu canto irresistível, ordenou aos seus comandados que o amarrassem ao mastro e lhe tapassem os ouvidos com cera, permitindo, assim, que não cedesse àquela tentação irresistível.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Cumpre reconhecer que a noção de pré-compromisso, embora nos pareça fornecer uma justificação teórica consistente à competência de o Judiciário controlar a constitucionalidade de emendas, não resolve as dificuldades inerentes à concreta interpretação e aplicação de princípios constitucionais abstratos. V. infra.

<sup>38</sup> ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Great Britain: Cambridge University Press, 1979. A imagem também é usada por Oscar Vilhena Vieira para ilustrar especificamente a vinculação do poder de reforma às cláusulas pétreas. Cf. VEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>39</sup> “(...) atai-me com laços bem apertados, de sorte que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, ao qual deverei estar preso por cordas. Se vos pedir que me desligueis, apertai-me com maior número de laços.” HOMERO. *Odisseia*, Livro XII. São Paulo: Nova Cultural, 2002. p. 161.

Conforme salienta Daniel Sarmento:

o pré-compromisso de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima de suas paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco o seu destino coletivo.<sup>40</sup>

Aduz o precitado constitucionalista que o paralelo com a estória de Ulisses amolda-se ainda melhor aos limites materiais à reforma constitucional, pois, enquanto as normas constitucionais que não ostentem a natureza de cláusula pétreia podem ser alteradas por um procedimento mais rígido, na hipótese das cláusulas de eternidade as maiorias atuais ficam, de fato, com as mãos atadas, pois só uma nova manifestação do constituinte originário viabilizaria a sua superação.<sup>41</sup>

Os pré-compromissos constitucionais se consubstanciam, portanto, em estratégias de auto-incapacitação, extraídas dos pré-compromissos individuais – cogite-se, por exemplo, que pessoa com dificuldades de acordar cedo coloque seu despertador longe da cama, para evitar que o desligue e continue a dormir –, por meio das quais um indivíduo ou um povo, em um momento de lucidez, afasta a possibilidade de adotar decisões míopes a que estaria tendencialmente sujeito em momentos de debilidade da vontade ou de racionalidade distorcida, logrando, desta forma, afastar-se de tentações ou fraquezas e, via de consequência, atingir os seus verdadeiros interesses.<sup>42</sup> Aplicando os pré-compromissos individuais ao domínio dos limites materiais ao poder de reforma, sustenta-se que o povo, ao se desincumbir do exercício do poder constituinte originário, valer-se-ia da especial qualidade deliberativa presente neste processo – decorrente do ambiente especial de deliberação que se verifica quando o povo é chamado a reconstruir o Estado e o Direito através da edição de uma nova Constituição – para retirar determinados conteúdos constitucionais essenciais, como os direitos fundamentais, do espaço de deliberação de maiorias políticas transitórias, com o escopo de perenizar a tutela jurídica destas prerrogativas inerentes à dignidade humana.

Saliente-se que essa clivagem entre as deliberações constituinte e ordinária é nota típica do dualismo político. Tal concepção, intrinsecamente ligada à história constitucional norte-americana,<sup>43</sup> embora recentemente reconstruída por Bruce Ackerman,<sup>44</sup> diferencia as políticas constitucional e ordinária. A propósito, nos

---

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. *Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e a reforma da Previdência*. In: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). *A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004, p. 11.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 11/12.

<sup>42</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. In: LAPORTA, Francisco. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 410. Ver, também, HOLMES, Stephen. *Pre-commitment and the paradox of democracy*. In: HOLMES, Stephen. *Passions and constraints: on the theory of liberal democracy*. Chicago: University of Chicago Press, p. 134/178.

<sup>43</sup> Conferir, a propósito, MADISON, James et. al. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2003.

<sup>44</sup> A principal peculiaridade do modelo de Ackerman em relação à tradicional caracterização do dualismo político, já presente nos escritos dos Federalistas, especialmente os de James Madison, consiste em que o Professor de Direito Constitucional de Yale defende que a Constituição é resultado de um processo de

momentos de política constitucional (*constitucional politics*) se verifica não apenas o exercício de uma cidadania ativa, ou seja, uma participação maior do cidadão nos assuntos políticos, mas, especialmente, que o povo logra desvencilhar-se da sua tendência natural de perseguir os seus interesses particulares e imediatos, de agir passional e irracionalmente, atuando, ao revés, tendo em vista a realização do bem comum e de expectativas de longo prazo. Em poucas palavras: nos raros momentos constitucionais, o ambiente de insegurança e incerteza que os cerca torna possível a concretização da aspiração republicana da virtude ética dos cidadãos em sua atuação política. Assim, esse processo deliberativo eticamente superior retira princípios básicos de justiça do alcance de maiorias conjunturais, as quais, atuando no âmbito da política ordinária (normal politics), estarão sujeitas a sucumbir à atuação auto-interessada, em prejuízo aos direitos das minorias.

Neste ponto, é bem de ver que uma análise atenta da realidade político-institucional pátria parece confirmar a pertinência da adoção entre nós da ideia de pré-compromisso constitucional. Com efeito, apesar das diversas vicissitudes da atuação da Assembléia Nacional Constituinte que estenderam, sobremaneira, a abrangência do texto constitucional brasileiro, a Carta de 1988 se originou de processo que contou com intensa participação da sociedade civil, sendo justamente proclamada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Constituinte.<sup>45</sup> Ademais, se consubstanciou no marco jurídico do processo de redemocratização do país, e, naturalmente, os constituintes optaram por uma “Constituição substantiva”, cujo denso conteúdo moral se revelou, notadamente, no mais amplo elenco de direitos e garantias fundamentais já positivado no Brasil, o qual abrange os direitos de primeira, segunda e terceira “geração”, e em seu caráter dirigente, que se revela na proposta de promover a transformação social da sociedade brasileira, com a satisfação de necessidades básicas do indivíduo.

Ainda que temperados pelo lado menos virtuoso da Constituição,<sup>46</sup> tais fatores conduzem à conclusão de que, no Brasil, não se afigura despropositado atribuir ao processo constituinte e ao seu fruto uma qualidade deliberativa superior aos processos

---

deliberação eticamente superior, *não necessariamente coincidente com o ato formal de sua elaboração*, de modo a admitir uma sucessão de distintas ordens constitucionais materiais sob a égide da mesma Constituição formal, cada qual corresponde a um “momento constitucional”. Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: The Belknap University Press, 1991.

<sup>45</sup> SARMENTO. A ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado* nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Para uma análise mais ampla do processo constituinte brasileiro, notadamente das alvitradas vicissitudes, ver BARROSO, Luís Roberto. *Doze anos da constituição brasileira de 1988 (Uma breve e acidentada história de sucesso)*. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 03/49.

<sup>46</sup> Verificou-se na Assembléia Nacional Constituinte uma luta entre diversos grupos que, desconfiados do legislador, desejavam cristalizar no texto constitucional, da forma mais minuciosa possível, os seus interesses particulares. Como consequência inevitável, a Constituição de 1988, a par de excessivamente extensa e detalhista, serviu-se ao entrenchamento constitucional de posições de vantagem em favor de donos de cartório, membros do Ministério Público, policiais, servidores públicos civis e militares, etc., circunstância que inseriu na Constituição matérias que melhor se amoldariam às leis e atos normativos em geral, suprimindo-as do processo político-deliberativo ordinário com o propósito específico de cristalizar os referidos privilégios. Cf. SARMENTO. *A ubiqüidade constitucional*. Op. cit., item 4, intitulado Democracia e Banalização Constitucional.

deliberativos dominados pelo Parlamento e pelo Executivo. Nem mesmo o processo de reforma constitucional, disciplinado no art. 60 da Constituição de 1988, apesar de sujeito aos limites materiais, formais e circunstanciais estabelecidos nos parágrafos do aludido dispositivo, parece atingir o nível deliberativo obtido no processo constituinte brasileiro, tendo em vista, especialmente, o seu nível razoavelmente baixo de dificuldade e a circunstância de ser monopolizado pelo Legislativo e pelo Executivo, à vista de não haver sido prevista a participação direta do povo através de plebiscito ou referendo.

Cuida-se, portanto, de processo político que, a princípio, possui menor qualidade deliberativa do que a presente na Assembléia Nacional Constituinte, vez que distante do povo, dominado pelos poderes constituídos mais sujeitos às instabilidades da política ordinária, submetido a rigores procedimentais relativamente tênues, e que não-raro tem incidido sobre questões despidas de dignidade constitucional e relativas a interesses políticos momentâneos.<sup>47</sup> Tais fatores, somados à crise de legitimidade vivida atualmente pelo Legislativo e, notadamente, à circunstância de o Judiciário haver, historicamente, mais contribuído para a lesão à democracia pela sua inação do que, propriamente, por uma postura ativista,<sup>48</sup> leva-nos a crer que se houve bem o Supremo Tribunal Federal em afirmar a sua competência para aferir a constitucionalidade de emendas constitucionais.

Considerar tais atos juridicamente insindicáveis por veicularem questões políticas, em uma acrítica importação da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA citada na parte final do item 1, redundaria em desconsiderar o modelo e a experiência constitucionais brasileiras.<sup>49</sup> Ademais, causaria sérios prejuízos à soberania popular, diante do fundado risco de os órgãos que dominam o poder de reforma (Congresso

---

<sup>47</sup> Tais circunstâncias viabilizam que, na prática, os governos de ocasião tenham se desincumbido - muitas vezes, infelizmente, mediante expedientes não republicanos - de obter a maioria de três quintos necessária para a reforma da Constituição ao seu bel-prazer. A consequência disto, como era de se esperar no âmbito de uma Constituição casuísta e prolixa, foi a aprovação de uma profusão de emendas (cinquenta e duas, além das seis emendas de revisão) em um curto espaço de tempo (dezessete anos), muitas delas que tratam de matérias que melhor estariam disciplinadas em normas infraconstitucionais.

Cite-se, v.g., EC 11/96: contratação de professores estrangeiros por Universidades brasileiras; EC 10/96, 14/96, 17/97, 29/2000 e 31/2000: criação de fundos financeiros; EC 18/98: regime jurídico de militares; EC 24/99: representação classista na Justiça do Trabalho; EC 25/2000: limites de despesas de Câmaras dos Vereadores; EC 28/2000: prazo de prescrição de créditos trabalhistas; EC 30/2000 e 37/2002: regras sobre precatórios; EC 34/2001: cumulação de cargos públicos; EC 38/2002: vínculo funcional de servidores de território federal extinto; EC 51/2006: convalidação da contratação de agentes de combate a endemias independentemente da aprovação em concurso público, etc. Resta nítido que esta crítica ao potencial deliberativo do processo de reforma revelar-se-ia ainda mais forte em face do processo legislativo ordinário, já que ausentes os rigores procedimentais aplicáveis àquele.

<sup>48</sup> V. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004, capítulo VI - Breve histórico do Supremo Tribunal Federal e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro. Conferir também RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomos I, II, III e IV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

<sup>49</sup> No modelo norte-americano, verifica-se um incremento do poder deliberativo do processo de alteração formal da Constituição (i.e: rigores procedimentais), uma forte cultura liberal que impediu a eclosão de movimentos autoritários, e uma intensa atuação do Judiciário na atualização informal da Constituição, em virtude do caráter sintético do texto constitucional, da dificuldade do processo de reforma, da criatividade judicial presente no *common law*, etc. À luz do exposto, pareceria excessivamente invasivo do rol de

Nacional e Presidente da República) incorporarem, na prática, a soberania popular.<sup>50</sup> Além disto, valores essenciais à dignidade humana e à continuidade da democracia ficariam à mercê do aventureirismo de grupos políticos detentores de êxitos eleitorais conjunturais, obtidos, remarque-se, no âmbito de um processo político-eleitoral marcado pela influência dos poderes político e econômico.

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

---

atribuições dos poderes democraticamente legitimados se o Judiciário dos EUA fosse ativista também no controle da constitucionalidade de emendas constitucionais.

Nesse particular, o sistema brasileiro parece se aproximar do modelo germânico, pois, ainda que não se possa atribuir à Lei Fundamental de Bonn as qualidades deliberativas do processo constituinte brasileiro, em ambos os países (i) o processo de reforma é dominado pelos poderes constituídos, de maneira que os únicos instrumentos de controle são as instituições da democracia representativa, e (ii) o Judiciário goza de um papel reduzido na atualização informal da Constituição, em virtude do caráter mais analítico das respectivas Constituições e da cultura jurídica romano-germânica não estimular tanto a criatividade da atividade judicial como os sistemas do *common law*. A par disto, (iii) infelizmente, tanto lá quanto cá, a ausência de uma cultura de direitos tão forte quanto à norte-americana fez com que parecesse temerário confiar-se a sua tutela meramente na autorestrição dos governantes, haja vista as experiências de totalitarismo vivenciadas. Ao contrário, a previsão dos direitos fundamentais não apenas em Constituições Rígidas, mas também em seu núcleo intangível, competindo ao Judiciário – poder relativamente afastado do processo político – a sua tutela contra as majorias ocasionais, pareceu a alemães e brasileiros importante para a efetiva salvaguarda dos direitos fundamentais.

<sup>50</sup> O Estado de Direito Legalista, marcado pelas Constituições Flexíveis e pela Supremacia do Parlamento e não da Constituição, em modelo que prevaleceu na Europa Continental do período pós-revolucionário ao segundo pós-guerra, parece corroborar a assertiva em apreço. A propósito, a influência exercida pelo conceito moderno-iluminista de lei sobre este arranjo institucional, que vislumbrava tal espécie normativa como expressão inelutável dos imperativos da razão e da vontade do povo, acabava por gerar um *monismo do poder legislativo*, na medida em que todo o poder político efetivo encontrava-se concentrado no Parlamento. Das diversas consequências do que se expôs, uma é de especial importância para a confirmação da tese desenvolvida no corpo do texto: se o Legislador se acha livre de constrangimentos efetivos no exercício do poder de reforma, na medida em que se atribui às emendas constitucionais (tal como antes se atribuía às leis) a natureza de lídima manifestação da soberania, verifica-se uma estranha “soberania de poder constituído”. De fato, sendo o Legislador *legibus solutus*, este órgão estatal se torna autor do seu próprio poder, podendo alterar o direito positivo (inclusive a Constituição) quando e como bem entender, de modo a emitir, incessantemente, o poder constituinte do povo, ou seja, uma vontade ilimitada capaz de redefinir a forma de governo, as instituições políticas e o conteúdo dos direitos fundamentais. Trata-se de curiosa convolução dos “representantes da nação soberana” em “representantes soberanos da nação”. Ver FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales – Apuntes de la Historia de las Constituciones*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003; VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. 5 reimpresión, Madrid: Tecnos, 2000; PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora. 1989.

da geração atual estará vinculada às deliberações dos constituintes, e, via de consequência, mais se restringe a democracia. Assim, as cláusulas pétreas consistem apenas em um dos fatores que aumentam o grau de rigidez constitucional de um sistema, não se revelando, necessariamente, incompatíveis com a democracia.<sup>51</sup>

Superado o plano abstrato da justificação do controle da constitucionalidade de emendas à luz dos direitos e garantias individuais, impende reconhecer, já no plano concreto da aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, que a interpretação do referido dispositivo dá azo a uma série de dúvidas e complexidades, para cuja solução a fórmula do pré-compromisso não se revela suficiente. Efetivamente, se é possível a obtenção de um acordo, no seio de uma sociedade pluralista contemporânea, a respeito dos direitos mínimos que devem ser colocados acima do poder de reforma constitucional, é exatamente no plano da determinação concreta do seu conteúdo que o desacordo entre adeptos de teorias de justiça razoáveis mais se salienta, tornando especialmente forte a crítica de Waldron.<sup>52</sup> Tal atividade interpretativa, especialmente nas hipóteses de conflitos entre direitos fundamentais e entre tais direitos e os demais princípios constitucionais, suscita complexas questões, tais como o sempre tenso confronto entre a tutela do indivíduo e a necessidade da satisfação de necessidades coletivas.

Os seguintes itens visam a propor, através de uma interpretação sistemática do texto constitucional brasileiro (itens 03 e 04) e do uso de aportes da filosofia constitucional contemporânea (item 05), uma forma de interpretar o art. 60, § 4º, IV, da CF/88 que, por um lado, não permita que arranjos políticos conjunturais coloquem em risco prerrogativas inerentes à dignidade humana, mas, que, por outro lado, não resulte no congelamento do *status quo* ou na petrificação de privilégios que elites buscaram entrincheirar entre as cláusulas pétreas. Com igual escopo de evitar-se uma interpretação elástica e metodologicamente inconsequente do alvitrado dispositivo devem ser utilizados os postulados normativos da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial, os quais, todavia, não serão abordados no presente artigo, dados os seus limites e objetivos específicos.

Tem-se como hipótese preliminar uma visão dessacralizada acerca dos limites e possibilidades da proteção contramajoritária dos direitos fundamentais que, todavia,

---

<sup>51</sup> Cite-se um exemplo: uma ordem constitucional que se limite a prever como cláusulas pétreas os direitos fundamentais e cláusulas relativas ao arranjo institucional básico de um regime político (p. ex.: a separação de poderes, forma federativa de Estado, e o direito ao voto), no bojo de um texto relativamente sintético e cuja alteração não se afigure muito dificultosa, parece, em uma análise global, menos rígido do que um sistema cujo texto constitucional seja abrangente, detalhista e casuístico e/ou esteja sujeito a processo de emenda rigoroso. Inversamente, revela-se nítido o atentado ao direito de autodeterminação das gerações causado por um rol excessivamente extenso e denso de cláusulas pétreas, no qual se verifique a positivação superconstitucional, predominantemente sob a forma de regras, de um grande número de situações jurídico-subjetivas concretas.

<sup>52</sup> V.g.: As cotas raciais em Universidades públicas violam ou promovem o princípio da igualdade? Os chamados discursos de ódio (*hate speech*) estão, ou não, protegidos pelo direito à liberdade de expressão? A antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos configura, ou não, crime de aborto? Quais são os parâmetros aplicáveis às recorrentes ponderações entre liberdade de imprensa e expressão, de um lado, e os direitos à intimidade, vida privada e honra? Dificilmente será obtido consenso sobre tais questões polêmicas, mesmo nos mais restritos auditórios.

não recai num ceticismo absoluto como o de Waldron, que a reconduz, necessariamente, à petrificação de uma visão particular acerca do seu conteúdo esposada por um grupo social mais bem articulado. Ao contrário, comunga-se do otimismo de Rawls acerca da viabilidade de obter-se, entre cidadãos dotados de um senso de justiça, um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis, de modo a que as Cortes possam obter, mediante o emprego da razão pública, uma resposta politicamente neutra a respeito do núcleo essencial dos princípios constitucionais de maior vagueza, especialmente os direitos e garantias fundamentais.<sup>53</sup>

### 3. SÍNTESE DAS DIVERSAS CORRENTES DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 60, P. 4, IV, DA CF/1988

Há forte celeuma doutrinária a respeito da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais”,<sup>54</sup> objeto da proteção superconstitucional conferida pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição, de modo que as seguintes linhas destinam-se a expor, de forma simplificada e sistematizada, as principais correntes que se digladiam no constitucionalismo pátrio, para que, no item 4, seja delineada, mais precisamente, a nossa posição.

A partir de uma interpretação literal do citado dispositivo poder-se-ia considerar que, apenas os direitos arrolados no art. 5º seriam abrangidos pela proteção superconstitucional em tela, tendo em vista que veiculariam, 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 promoverem uma exegese elástica do precitado dispositivo, irem de encontro à decisão previamente tomada pelo titular da soberania. Milita contra esta interpretação de caráter literal uma série de argumentos.

Inicialmente, cumpre salientar que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica,<sup>55</sup> revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada,

---

<sup>53</sup> WALDRON, Jeremy. Op. cit; RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. Ver item 5.

<sup>54</sup> Cabem aqui alguns esclarecimentos conceituais a respeito do significado que a doutrina vem atribuindo a expressões como direitos fundamentais, humanos, de defesa, prestacionais, gerações de direitos, etc. Ingo Sarlet salienta que a expressão “*direitos fundamentais*” costuma ser usada para designar os direitos fundamentais positivados em sede das Constituições dos Estados, enquanto *direitos humanos* assumem conotação genérica ou específica para designar os direitos positivados em tratados internacionais. Já os *direitos naturais* vinculam-se, especificamente, à fundamentação conferida pelo jusnaturalismo aos direitos humanos (em sentido genérico), enquanto os *direitos de defesa e prestacionais* distinguem-se quanto à sua estrutura e função: os primeiros impõem, em regra, ao Estado uma prestação negativa, uma abstenção; já os últimos uma prestação positiva, de fazer ou de dar. Especificamente no tocante ao termo *geração* de direitos, alguns autores (v.g.: Ingo Sarlet) evitam a sua utilização, em virtude de denotar uma superação da geração anterior pelo advento de uma nova, ideia que se revela, frontalmente, incompatível com a noção de complementaridade e indivisibilidade que vem se afirmando contemporaneamente, mormente no plano internacional. Todavia, esclarecido que o uso do termo não tem o condão de conduzir-se a tal ilação, mas tão-somente de contextualizar o momento da sua concepção, não se vislumbra qualquer dificuldade em sua utilização, inclusive porque se trata de denominação consagrada na doutrina especializada. V. SARLET. Op. cit.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

à vista (i) da fluidez e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição a direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou de tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º), e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.<sup>56</sup>

A atecnia do constituinte, associada à circunstância de o mesmo haver usado a expressão “direitos e garantias individuais” exclusivamente no art. 60, § 4º, IV, a qual era utilizada como gênero nas Constituições brasileiras anteriores, parece confirmar a equivocidade de um apego excessivo ao elemento literal. De parte isto, a exegese em exame redonda na exclusão da proteção superconstitucional dos direitos sociais, dos direitos políticos e dos direitos à nacionalidade<sup>57</sup> – como, v.g., os direitos à saúde, à educação, à previdência e à assistência social, a capacidade eleitoral passiva, etc. – e na inclusão de normas de baixa densidade axiológica, como as relativas ao reconhecimento da instituição do júri (XXVIII), forma de cumprimento de penas privativas de liberdade (XLVIII), espécies de penas criminais (XLVI), dever de o legislador punir a prática de racismo, e a ação de grupos armados como crimes inafiançáveis e imprescritíveis (XLII e XLIV), a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes hediondos, na qualidade de crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça (XLIII), etc., as quais melhor se amoldariam a normas infraconstitucionais.<sup>58</sup>

Uma leitura sensivelmente distinta do art. 60, p. 4, IV, da CRFB/88 é empreendida por Gilmar Ferreira Mendes. Com efeito, o emérito jurista considera que, ao aludir especificamente aos “direitos e garantias individuais”, o constituinte o fez com o intuito de restringir a condição de cláusula de eternidade aos “direitos e garantias individuais propriamente ditos”,<sup>59</sup> na esteira da Lei Fundamental de Bonn e da Constituição Portuguesa (arts. 79, III e 290, respectivamente).<sup>60</sup>

Assim, somente gozariam do *status* de cláusula pétrea as ditas “liberdades fundamentais”, porquanto, ao impingirem ao Estado o implemento de prestações negativas, estariam indissociavelmente vinculadas ao núcleo essencial do Estado de Direito, e apresentar-se-iam, juntamente com o princípio da separação de poderes, como instrumentos por excelência de limitação jurídica do poder estatal, para além de possuírem coerência e uniformidade obtidas pelo evoluir da história constitucional

---

<sup>56</sup> Quanto ao último aspecto, convém repisar que a Constituição emprega, por exemplo, as seguintes expressões: “direitos e garantias fundamentais” (Título II), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), direitos sociais (Capítulo II do Título II), “direitos políticos” (Capítulo IV do Título II), “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, p. 1), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF), “direito público subjetivo” (especificamente em relação à educação fundamental – art. 208, p. 1), e “direitos humanos” (art. 4º, III, art. 5º, p. 3 e 109, p. 5, os dois últimos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 364.

<sup>58</sup> Neste sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. *Revista dos Tribunais*, ano 5, nº 21, out./dez. (1997), p. 69/91.

<sup>59</sup> MENDES. *Op. cit.*, p. 85/86.

<sup>60</sup> MENDES. *Op. cit.*, p. 86.

de diversos países.<sup>61</sup> Ainda que se pudesse, à luz das premissas antes delineadas, incluir no âmbito de proteção do art. 60, p. 4, IV, da CRFB/1988 direitos equiparáveis aos direitos da liberdade (direitos de defesa, v.g.: as liberdades sociais, como o direito de greve e à livre associação sindical (arts. 9 e 8, da CRFB/88), restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos e coletivos.

Neste particular, parece pertinente a crítica de Ingo Sarlet. O ilustre constitucionalista gaúcho sustenta que há um sistema constitucional único de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela no princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto à sua contra a ação erosiva do legislador (art. 60, § 4º, IV). Assim, preconiza uma interpretação sistemática deste último dispositivo, de forma a abranger não apenas os direitos sociais, como também os direitos fundamentais de terceira geração (direitos difusos e coletivos), já que não há de conceber-se, à luz do direito constitucional positivo, que o constituinte haja estabelecido uma hierarquia entre as gerações de direitos fundamentais.<sup>62</sup>

A exegese que insere no âmbito de proteção superconstitucional do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88 os direitos e garantias fundamentais de distintas gerações tem lastro, efetivamente, em uma leitura concertada do direito constitucional positivo. Com efeito, a Constituição de 1988, em sintonia com o direito internacional dos direitos humanos, afirma a *indivisibilidade e a interdependência das gerações de direitos fundamentais*,<sup>63</sup> porquanto veicula não apenas amplíssimo rol de liberdades fundamentais no art. 5º, mas positiva, com igual hierarquia, os direitos políticos, da nacionalidade, sociais, e os direitos difusos e coletivos.

Especificamente quanto aos primeiros, é bem de ver que a Constituição, desde o seu preâmbulo, deixa claro que o Estado Democrático de Direito por ela instituído ostenta uma inequívoca dimensão social, já que se destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”. A conjugação dos valores da liberdade e da igualdade prossegue ao longo do texto constitucional, como pode se inferir de um sem-número de dispositivos constitucionais.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> MENDES. Op. cit., p. 86; SILVA. Op. cit., p. 121.

<sup>62</sup> Id. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>63</sup> Neste sentido a posição oficial da ONU. Confira-se o art. 5º, da Declaração Viena de 1993, aceita unanimemente por 171 Estados, *verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

<sup>64</sup> Com efeito, a conjugação dos valores da liberdade e da igualdade se verifica, v.g., no art. 1º, que, em seus incisos III e IV, arrola a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, e no art. 3º (incisos I, II, III e IV), o qual insere entre os seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre as finalidades e os princípios gerais da ordem econômica, por sua vez, encontram-se a valorização do trabalho humano, a busca da existência digna e da justiça social, da função social da

Note-se que, para além de contrastar com uma leitura sistêmica do direito constitucional positivo, a inclusão apenas dos direitos à liberdade no rol dos direitos e garantias individuais, ante a circunstância de eles se consubstanciarem em direitos a prestações estatais negativas, e, via de consequência, se destinarem à limitação do poder estatal, promove uma equívoca associação absoluta entre direitos da liberdade e direitos de defesa, e direitos sociais e direitos prestacionais, respectivamente.<sup>65</sup> Embora os direitos da liberdade apresentem, preponderantemente, uma dimensão negativa, porquanto impõem ao Estado um dever de abstenção, tais direitos dão azo, ainda que subsidiariamente, ao dever de o Estado implementar prestações positivas com o fito de evitar que terceiros<sup>66</sup> ou fenômenos naturais<sup>67</sup> prejudiquem a efetiva fruição do direito. Para além disto, dentre os direitos sociais estão inseridos típicos direitos de defesa, de que são exemplos paradigmáticos as chamadas “liberdades sociais”, como o direito de greve (art. 9º), à livre associação sindical (art. 8º, *caput*), e à vedação à discriminação nas relações de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI, e XXXII). Diante da associação apenas contingencial entre direitos sociais e direitos prestacionais, parece escoreita a seguinte assertiva de Ingo Sarlet:

A denominação direitos fundamentais sociais encontra a sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.<sup>68</sup>

Ora, diante do que se expôs, revela-se inequívoca a preocupação do constituinte de 1988 em veicular um projeto de transformação social destinado, precipuamente, a promover a libertação da opressão social e da necessidade, de que nos falara Jorge Miranda. Não se nega, entretanto, que a efetivação dos direitos sociais de defesa e

---

propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais, e do pleno emprego (art. 170, *caput* e incisos II, III, V, VI, VII e VIII).

Para além disto, a positivação de um amplo rol de direitos sociais no art. 6º - educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados -, os quais foram desenvolvidos, detalhadamente, nos arts. 193 a 214, associada à sua inclusão em capítulo inserto no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, e não mais no alusivo à ordem econômica e social, como era da tradição do nosso constitucionalismo, consiste em relevante indício da vontade do constituinte em atribuir-lhes a nota de jusfundamentalidade.

<sup>65</sup> Ver nota 54.

<sup>66</sup> A respeito da Teoria dos Deveres de Proteção, ver HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 278/287.

<sup>67</sup> Cf. SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 149.

prestacionais apresentem distinções importantes, notadamente em virtude de os últimos pressuporem, em maior medida, a implementação de custosas políticas públicas que, em um contexto de escassez de recursos, apresentam inevitáveis limitações financeiras.<sup>69</sup> Ocorre que, no plano específico das limitações materiais ao poder de emenda, soa puramente ideológica – remarque-se, em ideologia contrária à que subjaz à Constituição de 1988 – a pura e simples exclusão dos direitos sociais prestacionais do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

Por outro lado, cumpre salientar que os direitos políticos e à nacionalidade, assim como os direitos sociais, também integram capítulos (III e IV) insertos no título II (direitos e garantias fundamentais), análise topográfica que – reitera-se – indicia a vontade do constituinte em dotá-los de fundamentalidade. Neste particular, Celso Lafer, na esteira de Hannah Arendt, salienta que os direitos à nacionalidade e à cidadania consistem em verdadeiros direitos a ter direitos, na medida em que estabelecem o vínculo jurídico entre indivíduo e Estado, sujeitando o primeiro ao ordenamento jurídico estatal, e, especialmente, conferindo-lhe os direitos e garantias fundamentais ali previstos. Neste viés ressalta que

os apátridas, ao deixarem de pertencer a qualquer comunidade política, tornam-se supérfluos. (...) São inocentes condenados, destituídos de lugar no mundo – um lugar que torne as suas opiniões significativas e as suas ações efetivas. Não é por acaso que os nazistas iniciaram a perseguição aos judeus privando-os do *status civitatis*, para poder convertê-los em inimigos objetivos.<sup>70</sup>

Também não descuro o constituinte dos chamados direitos de terceira geração. Efetivamente, encontra-se no art. 5º, XXXII, a proteção do consumidor; no art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; e, entre os princípios regentes das relações internacionais do Brasil, previu-se a independência nacional, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos (art. 4º, I, III, IV, VI, e VII).

Por todo o exposto, pode-se concluir que a Constituição de 1988 reconhece e acomoda em seu texto diversas categorias de direitos – dentre os quais se destacam os direitos civis, políticos, da nacionalidade, sociais, culturais e difusos e coletivos –, promovendo um “compromisso maximizador” entre eles.<sup>71</sup> Note-se que, se, por um lado, se vislumbra um vínculo de pressuposição recíproca entre tais direitos – basta pensar na inutilidade da tutela jurídica das liberdades civis a quem não possui condições materiais mínimas para usufruí-las, no amesquinamento da liberdade de expressão de um analfabeto, etc. –; por outro, se verificam espaços de tensão e

---

<sup>69</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>70</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 148.

<sup>71</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 40.

conflito entre os direitos fundamentais, cumprindo ao intérprete dirimi-los topicamente, através do mecanismo da ponderação de interesses.

Da análise concertada do direito constitucional positivo parece lícito concluir que uma teoria constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais deve se caracterizar por sua multifuncionalidade, “para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.”<sup>72</sup> Em meio às diversas ilações que podem ser extraídas desta assertiva, uma se revela de transcendental importância para este estudo: a restrição da eficácia superconstitucional às liberdades civis se funda em leitura isolada e literal do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, e em premissa ideológica ligada a perspectiva segundo a qual o liberalismo oitocentista via os direitos fundamentais, a qual não se afigura constitucionalmente legítima, porquanto a Constituição de 1988 não albergou a referida teoria em caráter exclusivo e na pureza dos seus delineamentos originais. A melhor exegese do multicitado dispositivo consiste, portanto, na que foi conferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 939-DF<sup>73</sup>, em cujo âmbito deixou assentado que o constituinte de 1988 estendeu a nota de superconstitucionalidade aos direitos fundamentais em geral.

#### **4. UM PASSO ALÉM NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 60, P. 4, IV, DA CF/88: DIREITOS FORMAL E MATERIALMENTE FUNDAMENTAIS**

Embora caudalosa corrente doutrinária atribua aos direitos fundamentais em geral a condição de cláusula de eternidade, se verifica em seu seio importante divergência, sobretudo no que respeita à proteção superconstitucional dos direitos formalmente constitucionais.<sup>74</sup> A propósito, Ingo Sarlet, sob o argumento de inexistirem direitos apenas formalmente fundamentais, considera objeto de proteção superconstitucional, para além dos direitos materialmente fundamentais, todas as posições jurídicas previstas no título II da Constituição (arts. 5º a 17 da Constituição), inclusive normas organizatórias (art. 14, § 3º, incisos I a VI, e § 4º a 8º) e de caráter penal (art. 5º, XLII e XLIII).<sup>75</sup> *A posição defendida no presente trabalho, contudo, sustenta que apenas os direitos materialmente fundamentais consistem em cláusula de eternidade.*<sup>76</sup>

Neste ponto, cumpre esclarecer os conceitos empregados: (i) a noção de fundamentalidade formal se associa ao direito constitucional positivo, na medida em que decorre da sua inserção no catálogo de direitos fundamentais, nada revelando sobre o seu conteúdo, enquanto a ideia de fundamentalidade material se atém,

---

<sup>72</sup> CANOTILHO. Op. cit., p. 522.

<sup>73</sup> RTJ – 151, p. 755-841.

<sup>74</sup> Citem-se, por exemplo, LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidade da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 180 e seq.; SARLET. Op. cit., p. 344 e seq; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 636 e seq; DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 147/148; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 167/178; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista de Direito do Trabalho*, nº 117, jan./março (2005), p. 149/166.

<sup>75</sup> SARLET. Op. cit., p. 73/74 e 367.

<sup>76</sup> No mesmo sentido, v. VELLOSO. Op. cit., p. 162/178; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais. Problemas Jurídicos, particularmente em face da Constituição de 1988, RDA 203/1.

precisamente, à substância do direito, é dizer, à circunstância de determinado direito, independentemente de sua formal positividade constitucional, possuir a natureza de direito fundamental. Nada obstante depender da fundamentalidade formal, a Constituição (art. 5º, § 2º) prevê, expressamente, a abertura do catálogo de direitos fundamentais a direitos que, embora não incluídos no catálogo constitucional, ostentem o caráter de direito fundamental, os quais são considerados, portanto, materialmente fundamentais.

À luz das premissas antes delineadas, Ingo Sarlet cogita de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional). Assim, coerentemente, delinea o seu conceito de direitos fundamentais, que abrange:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>77</sup>

Verifica-se do exposto que o insigne Professor de Direito Constitucional da PUC/RS considera que os direitos formalmente fundamentais necessariamente também o são em sentido material, pois a admissão da existência de direitos apenas formalmente fundamentais, despidos de proteção superconstitucional, significaria tolerar que os poderes constituídos (inclusive a jurisdição constitucional) se substituíssem ao constituinte na determinação das posições jurídicas merecedoras de proteção jusfundamental, a par de correr-se “sério risco de eliminar “autênticos” direitos fundamentais”.<sup>78</sup>

Em que pese à inequívoca autoridade de Ingo Sarlet, certamente um dos maiores, senão o maior especialista brasileiro na temática dos direitos fundamentais, a exegese acima sumariada não nos parece a melhor. Perscrutando o primeiro argumento, se revela, de fato, indubitável que, no bojo de uma sociedade pluralista, compete à deliberação do povo a determinação dos direitos fundamentais que lhes são aplicáveis, porquanto não se compatibiliza com o princípio democrático a atribuição a juízes-filósofos do poder de revelar o sentido oculto desses direitos, em interpretação cogente a todos, e imune ao poder deliberativo do povo e dos seus representantes. A assertiva de Sarlet não descarta, portanto, do déficit de legitimidade dos juízes para a completa liberdade na identificação dos direitos materialmente fundamentais, como corolário do princípio democrático.

De parte isto, a princípio também milita em favor do argumento em análise o princípio da segurança jurídica, porquanto, ao afirmar-se que as normas contidas no

---

<sup>77</sup> SARLET. Op. cit., p. 82.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição*. p. 376.

título II da Constituição se consubstanciam, sem exceção, em direitos fundamentais, garante-se um núcleo mínimo de cognoscibilidade das situações jurídicas jusfundamentais, sem ter de se recorrer, pura e simplesmente, à sua vinculação a abstratos valores morais. Todavia, são os próprios fundamentos implícitos do argumento em tela (repise-se: os princípios democrático e da segurança jurídica) que revelam a necessidade da sua rejeição.

Efetivamente, considerar-se objeto de proteção superconstitucional todos os direitos formalmente fundamentais, que, segundo Sarlet, coincidem com as normas contidas no título II da Constituição (arts. 5º a 17 da Constituição), além dos direitos materialmente fundamentais previstos ao longo do texto, em tratados internacionais e decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, consiste em exegese excessivamente ampliativa do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88. Ter-se-á na hipótese fundado risco de implantar verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”, vez que sujeitaria a geração atual a um amplíssimo rol de normas estatuídas pela geração constituinte, muitas delas de caráter substantivo e despidas de uma especial dignidade normativa.

Tal circunstância conferiria ao sistema constitucional brasileiro um nível elevadíssimo de rigidez constitucional, concedendo às gerações pós-1988 um poder político notavelmente inferior ao conferido à geração constituinte. Negar-se-ia, portanto, à geração atual o *status* de artífice do seu próprio destino, circunstância que contrasta com o princípio democrático. Ademais, afigura-se paradoxal que tal exegese tão ampliativa dos “direitos e garantias individuais” e, via de consequência, tão restritiva ao princípio democrático, parta do pressuposto, precisamente, do déficit de legitimidade democrática dos poderes constituídos, notadamente do Judiciário.

Além disto, a retirada de tantas matérias do alcance das supermaiorias necessárias à aprovação de emendas constitucionais, muitas delas sem qualquer conexão com os pressupostos da democracia e aos valores constitucionais essenciais da Carta de 1988, não confere às gerações supervenientes à constituinte alternativas para a supressão de posições jurídicas pontuais senão a nova manifestação do poder constituinte originário, ou, pior, o descumprimento sistemático da Constituição. Os riscos postos pela incitação à revolução ou pela desobediência constitucional, respectivamente, aos princípios da segurança jurídica e da efetividade da Constituição, são manifestos.<sup>79</sup>

Cogite-se, por exemplo, a seguinte hipótese: o constituinte reformador, ciente do caráter prolixo da Carta de 1988, resolve desconstitucionalizar algumas matérias, começando pelo estatuto das inelegibilidades (art. 14, § 4º a 8º). Pergunta-se: uma tal emenda constitucional seria inconstitucional por atentar contra o art. 60, § 4º, IV? A adotar-se a concepção em exame, a resposta seria positiva, à vista de as normas organizatórias contidas no estatuto das inelegibilidades se consubstanciarem em direitos formalmente fundamentais, consoante expressamente reconhecido por Ingo Sarlet.

---

<sup>79</sup> Note-se, por outro lado, que a circunstância de serem toleradas restrições que não se imiscuem no núcleo essencial dos direitos fundamentais positivados sob a forma de princípios, sem dúvida alguma, confere flexibilidade ao rol de cláusulas pétreas, todavia, não elide o fato de o alvitado “inflacionamento dos direitos fundamentais” causar sensível restrição ao princípio democrático. V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 368 e seq.

Interpretando-se, contudo, o art. 60, § 4º, IV sob os influxos do princípio democrático, mercê da sua eficácia interpretativa, tal exegese parece não ser a melhor, porquanto promove um inflacionamento das cláusulas pétreas e, via de consequência, confere enorme abrangência à vinculação da geração atual às decisões tomadas pela geração constituinte. Consoante salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na definição concreta dos limites materiais ao poder de reforma não há como prescindir da aferição da “carga axiológica” da norma respectiva,<sup>80</sup> incluindo, portanto, apenas as normas que ostentem a condição de direitos materialmente fundamentais.

Sem embargo da dificuldade na identificação destes direitos, parece inequívoco que as normas sobre inelegibilidade não possuem *de per se* essa especial dignidade normativa, reservando o status de fundamentalidade material aos direitos políticos (especialmente o direito de votar e de ser votado), suporte axiológico dos dispositivos sobre inelegibilidades. Assim, o simples fato de a regulamentação das inelegibilidades ser transferida do plano constitucional para o legal não parece importar em inconstitucionalidade, ainda que a emenda constitucional respectiva pudesse apresentar uma tal eiva, caso, p. ex., negasse, injustificadamente, capacidade eleitoral passiva a um grupo de pessoas, em menoscabo à isonomia e ao direito fundamental de participar de pleitos eleitorais. Cumpre salientar, porém, que, na alvitada hipótese, a emenda incorreria em inconstitucionalidade por violar direitos materialmente fundamentais (a capacidade eleitoral passiva e a isonomia), e não por simplesmente suprimir da Constituição norma regente das hipóteses de inelegibilidades (direito formalmente fundamental).

O mesmo poderia ser dito em relação a dispositivos de duvidosa fundamentalidade do art. 5º (v. supra), e a normas de organização contidas nos arts. 8º e seguintes. Por exemplo, a realização de uma ampla reforma sindical no país não parece obstada pela inclusão de uma regulamentação analítica dos sindicatos no art. 8º, estatuinto normas, como o princípio da unidade sindical, contribuição sindical, participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, direito a voto e a ser votado do aposentado filiado a sindicato, etc. (incisos II, IV, VI, VII e VIII do art. 8º), que melhor se amoldariam à disciplina infraconstitucional, não possuindo, sequer longinquamente, a nota de jusfundamentalidade que justificasse a sua proteção superconstitucional. Parece evidente, contudo, que o direito à livre associação sindical se consubstancia em direito materialmente fundamental, de maneira que emenda constitucional que pusesse em risco a tutela do seu núcleo essencial padeceria de inelutável vício de inconstitucionalidade.

Assim, à guisa de conclusão, pode-se afirmar que, embora as normas insertas no título II da Constituição de 1988 (arts. 5º a 17) gozem uma presunção de jusfundamentalidade, não se cuida de presunção absoluta, mas relativa, porquanto, conforme salienta Vieira de Andrade,

é perfeitamente compreensível que, a propósito de um determinado assunto ou de um domínio da vida pessoal, se misturem com preceitos relativos a direitos

---

<sup>80</sup> Cf. voto proferido na ADIn n.939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151.

fundamentais outros que, pertençam, por exemplo, à organização do poder político, mas que, por uma questão de proximidade ou de oportunidade, encontrem aqui (no catálogo de direitos fundamentais) lugar sistemático.<sup>81</sup>

Desta assertiva não decorre, propriamente, crítica ao constituinte originário, pois não lhe cabe, senão à doutrina, promover a aferição material das normas constitucionais.<sup>82</sup>

Com o escopo de distinguir as normas de direitos fundamentais dos demais preceitos constitucionais, Vieira de Andrade arrola três critérios basilares. Inicialmente, destaca-se (a) o seu radical subjetivo, ou seja, a circunstância de as normas de direito fundamental atribuírem “posições jurídicas subjetivas consideradas fundamentais (...)”. Embora os direitos fundamentais não se restrinjam à sua dimensão subjetiva, já que veiculam também valores que se irradiam por toda a ordem jurídica (dimensão objetiva), a atribuição aos seus destinatários de direito subjetivo é elemento nuclear das respectivas normas. Tal circunstância as extrema, p. ex., de normas organizatórias, que apenas reflexamente geram direitos subjetivos, porquanto, na lição de Barroso, se destinam “à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos.”<sup>83</sup>

Em segundo lugar, os preceitos relativos aos direitos fundamentais têm (b) uma função própria, relativa “(à) proteção e garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo de suas posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários.”<sup>84</sup> Assim, *os direitos fundamentais propriamente ditos se distinguem das garantias fundamentais*, que não veiculam bens jurídicos essenciais, como os direitos fundamentais, mas, ao revés, têm a natureza de instrumento destinado à sua satisfação. Afigura-se corolário do exposto, com o perdão do truísmo, que as garantias têm a sua fundamentalidade condicionada à efetiva promoção do direito fundamental respectivo, buscando neste liame funcional, e não em si mesmas, a nota de jusfundamentalidade, e, via de consequência, a sua proteção superconstitucional.

Por fim, os direitos fundamentais têm uma (c) intenção específica, que justifica a sua prioridade axiológica no contexto da Constituição de 1988: encampam uma certa ideia de homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, que se manifesta juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>85</sup> Segundo a melhor tradição liberal, os seres humanos são concebidos como agentes morais livres e iguais, na medida em que têm um valor moral igual e irredutível, independentemente da função que desempenham na sociedade.<sup>86</sup> Como corolário, os indivíduos devem

---

<sup>81</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed., Coimbra: Almedina., 2001. p. 86.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 95.

<sup>84</sup> ANDRADE. Op. cit., p. 79.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> DONNELLEY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. New York: Cornell University Press, 1989, p. 68/69.

ser tratados pelos governos como igual consideração e respeito (*equal concern and respect*).<sup>87</sup>

Da vinculação dos direitos fundamentais a bens jurídicos primários e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) é possível concluir que nem todo direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, previsto constitucionalmente, tem a natureza de direito fundamental. Ora, se a atribuição da condição de cláusula pétrea a preceito normativo está condicionada à demonstração de que o mesmo se reconduz a direito materialmente fundamental, ou, então, que se consubstancia em garantia fundamental à sua preservação, faz-se mister esboçar uma proposta de balizamento da atividade judicial de identificação e tutela destes direitos.

##### 5. APORTES DA FILOSOFIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

A identificação da esfera de fundamentalidade material, à luz de uma interpretação sistemática do texto constitucional, revela-se de inegável valia para os propósitos do presente artigo. Contudo, as considerações empreendidas no item 2 não prescindem que se busque na filosofia constitucional contemporânea pautas materiais destinadas a guiar a atuação do Judiciário no tocante ao delineamento concreto das situações jurídicas subjetivas intangíveis à mão do poder constituinte derivado.

A bem da verdade, devem ser compreendidos como complementares os exames do direito constitucional positivo e da filosofia constitucional contemporânea, pois, se esta tem o condão de iluminar as zonas de penumbra deixadas pelos instrumentos tradicionais da hermenêutica constitucional, a análise das características da nossa Constituição permite a construção de uma teoria constitucionalmente adequada acerca do âmbito de proteção do art. 60, § 4º, IV, da CF/88.

A hipótese preliminar com que se trabalha consiste em que o Judiciário, na concretização da cláusula superconstitucional dos direitos e garantias individuais, deve atuar em uma área de *neutralidade política*, já que não parece legítimo que juízes não eleitos atuem como guardiões de um modelo concreto de organização social estabelecido por uma geração passada, mormente quando a exata elucidação deste modelo é prejudicada pela vagueza inerente aos princípios constitucionais. Assim, para se afastar um “Governo de Juízes” ou uma “Supremacia do Judiciário”, cujos efeitos à democracia seriam deletérios, impende que o Judiciário vislumbre no art. 60, § 4º, IV, da CF/88, a garantia da intangibilidade tão-somente dos pressupostos da continuidade da jornada liberal-democrática inaugurada pelo movimento de reconstitucionalização do país promovido pela Constituição de 1988, e não, repise-se, um projeto específico de desenvolvimento da sociedade definido pelo constituinte de 1988.

Em virtude da sua representatividade e influência no debate constitucional contemporâneo, foram escolhidas duas concepções que seguem, grosso modo, este viés: o procedimentalismo “puro” de John Hart Ely, e a proposta de Rawls, de mais intenso caráter substancialista, de que o Supremo Tribunal deva ser o fórum, por excelência, da razão pública. Soa óbvio que uma análise exauriente da questão em tela demandaria um estudo de proporções amplamente superiores ao que se empreenderá

---

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

a seguir, de maneira que os subseqüentes itens se destinam apenas a delinear alguns contornos básicos dos parâmetros materiais sugeridos.

O livro “*Democracy and distrust – A theory of judicial review*”,<sup>88</sup> de John Hart Ely, vem tendo, desde a sua primeira edição em 1980, uma extraordinária importância nos EUA para o aprofundamento das investigações acerca dos fundamentos e limites da competência conferida ao Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, especialmente em virtude do fato de o autor ter se distanciado da clássica dicotomia hermenêutica entre “interpretativismo” e “não interpretativismo”<sup>89</sup> que assolará o constitucionalismo norte-americano, fornecendo, como solução para a tensão existente entre o princípio democrático e o instituto do *judicial review*, a inventiva concepção de que este se legitimaria na medida em que funcionasse como um reforço à própria democracia.

Sustenta o Professor de Yale, em crítica ao interpretativismo, que a hermenêutica constitucional não deve se apegar excessivamente à literalidade das normas constitucionais, sob pena de as suas interpretações se desviarem do espírito que a elas subjaz. Por outro lado, combate todas as justificativas conferidas pelos “não-interpretativistas” a tal postura, sob o argumento principal de a propalada objetividade destes valores ser uma falácia, na medida em que, v. g., as profundas divergências existentes entre filósofos da estirpe de Robert Nozick e John Rawls, as não menos sérias mudanças jurisprudenciais da Suprema Corte dos EUA e a habitual verificação de que tal argumentação axiológica orienta a fundamentação de perspectivas jurídicas díspares, quando não diametralmente antagônicas, denotariam, a bem da verdade, a contingência e a necessidade de escolha dos valores regentes de determinada sociedade. Diante destas características, conclui que a eleição de tais valores, no âmbito de um regime democrático, competiria àqueles legitimados pelo voto popular, e não a um grupo de juristas ou filósofos da elite, que, paternalisticamente, desvendariam-nos.

Assim, Ely defende que as Constituições não devem veicular uma determinada forma de organização da sociedade, cabendo-lhes tão-somente o delineamento dos alicerces do Estado, a atribuição e a limitação dos poderes políticos segundo mecanismos institucionais de *checks and ballances*, de modo a consagrar um processo político de caráter equitativo.<sup>90</sup> Aduz que tal modelo não negaria proteção à

<sup>88</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

<sup>89</sup> Cumpre, a propósito, notar que os “interpretativistas” defendem uma espécie de minimalismo judicial, na qual a tarefa de interpretar a Constituição deveria se jungir à aplicação de normas constitucionais expressas ou de normas que possam ser clara e diretamente inferidas do texto constitucional, sob pena de os juízes substituírem a vontade dos representantes do povo pelas suas, em menoscabo à democracia e à separação de poderes. Já os “não-interpretativistas” sustentam competir ao Judiciário uma atividade exegética mais abrangente, cuja natureza construtiva se evidencia por sua não-limitação à literalidade das pautas normativas *supra* referidas, admitindo-se, ao contrário, que a determinação concreta do conteúdo das normas constitucionais de textura aberta se guie por uma ordem objetiva de valores, extraída, de acordo com a vertente eleita, do direito natural, da tradição, dos costumes, da razão, do consenso, de juízos de prognose sobre o progresso ou dos chamados princípios neutrais. Ver TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Op. cit.; e, no direito brasileiro, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*.

<sup>90</sup> O autor também se dedica a comprovar a natureza preponderantemente procedimental da Constituição dos EUA, bem como os riscos causados pelo congelamento de escolhas substantivas, aludindo à circunstância

liberdade individual – quiçá a preponderante característica das Constituições modernas –, mas apenas conferiria tal franquia por via indireta, ou seja, mediante a limitação do exercício do *ius imperii* estatal.<sup>91</sup>

John Hart Ely, então, partindo da profícua experiência de ativismo judicial encetada pela Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren, e mais especificamente, da festejada nota de rodapé de número quatro ao acórdão proferido no caso *United States v. Carolene Products Co.*, sustenta que o aparente paradoxo entre controle judicial de constitucionalidade e regime democrático pode ser dirimido, caso se entenda o primeiro como um reforço a este, ou seja, caso se considere que o Judiciário atua, no particular, como um árbitro cuja função é zelar pela observância das “regras do jogo”, intervindo apenas quando um “time” está obtendo vantagens indevidas, e não quando, simplesmente, o “time contra o qual se torce” marca um ponto. Ademais, atribuir-se a função de fiscal das “regras do jogo” aos próprios jogadores, revelar-se-ia manifestamente equivocado, por lhes faltar o necessário distanciamento e imparcialidade.

A analogia ao árbitro, assim como aos mecanismos antitruste,<sup>92</sup> são úteis para esclarecer as hipóteses em que Ely admite que o Judiciário declare nulos atos oriundos do Parlamento, quais sejam:

(1) (quando) os de dentro bloqueiam os canais de mudança para assegurar que os de fora irão permanecer como de fora, ou (2), ainda que a ninguém seja negada voz ou voto; (quando) os representantes em débito com uma maioria efetiva estão sistematicamente desprivilegiando alguma minoria por simples hostilidade ou recusa preconceituosa de reconhecer os interesses comuns e assim negar a essa minoria a proteção assegurada a outros grupos pelo mesmo sistema representativo.<sup>93</sup>

Assim, em apertadíssima síntese, deve o Judiciário verificar se os caminhos de participação institucional estavam abertos a todos e se a norma alvejada tolhe efetivamente a voz das minorias, restringindo-se, desta forma, a zelar pela observância do processo democrático, em cuja tarefa se insere a aferição do respeito aos direitos ligados à participação política e às “minorias insulares”.

Note-se que a concepção de que o controle de constitucionalidade deve se ater a reforçar a democracia, para além de desfazer o aparente paradoxo entre os referidos institutos, logra afastar, no plano específico dos limites materiais ao poder de reforma, a recorrente objeção de que as cláusulas superconstitucionais representariam uma

---

de a constitucionalização da escravidão ter fomentado a guerra civil norte-americana. Acrescenta que a nota distintiva dos EUA é qualidade do seu processo político e não a existência de uma ideologia dominante. Ver, a propósito, ELY. Op. cit., cap. 4, especialmente p. 99-101.

<sup>91</sup> Sobre o modelo de Rawls, ver infra.

<sup>92</sup> Segundo esta perspectiva, da mesma forma que só cabe ao Estado intervir no mercado em hipóteses excepcionais de mau funcionamento – como, por exemplo, no caso de se verificar o uso abusivo do poder econômico em prejuízo da concorrência –, somente caberia ao Judiciário interferir no processo de deliberação democrática se constatar o seu equivocado desenrolar, a exemplo da hipótese de a maioria usar abusivamente o seu poder político em detrimento de minorias.

<sup>93</sup> *Ibid.*

ingerência indevida de geração passada na esfera de autodeterminação de gerações futuras. Ora, se tais cláusulas são interpretadas de modo a tão-somente promover a perpetuação do regime democrático, opera-se fenômeno diametralmente antagônico, na medida em que, precisamente, a ausência da intervenção de instituição contramajoritária com vistas a conter a vontade política momentânea, viabilizaria que, *exempli gratia*, o grupo que se encontre no poder engendre mecanismos escusos para obstaculizar o acesso a cargos eletivos de indivíduos de matiz ideológico distinto, com o escopo de perpetuar-se no comando.

Portanto, esta mínima limitação às gerações futuras tem por escopo manter desobstruídas as vias institucionais de acesso ao poder político, garantindo, ao contrário do que asseveram os seus críticos, que as gerações futuras permaneçam com o poder de deliberar democraticamente acerca das normas que repute necessárias para atender as suas expectativas. Zela-se, desta forma, pelo princípio democrático, em detrimento de levantes autoritários a que ficariam tentados os detentores do poder político, caso soubessem inexistir um órgão cuja função seja a fiscalização da lisura do processo democrático.

Apesar de se comungar da premissa de que o controle de constitucionalidade deve se ater a tutelar as condições do processo democrático, e não a salvaguardar princípios de caráter pré-político ou suprapositivo (como preconiza, v.g., o jusnaturalismo), convém destacar que a teoria de John Hart Ely apresenta brechas perigosíssimas à perpetuação, na ordem jurídica, de atos ofensivos à dignidade humana e, por assim dizer, a pressupostos não procedimentais da democracia. Isto porque o Autor torna incensuráveis decisões majoritárias que, apesar de se manterem indiferentes aos direitos de participação política e das minorias insulares, veiculam indisputável violação a valores tão ou mais essenciais às democracias constitucionais contemporâneas do que a projeção da liberdade e da igualdade no processo político.

Por exemplo, a liberdade de religião, precisamente por não desempenhar uma função imediata na promoção da regularidade do processo político, estaria ao desabrigo de proteção constitucional contra a ação erosiva de maiorias ocasionais. O mesmo pode ser dito em relação a todos os demais direitos fundamentais que não sejam diretamente relacionados ao processo democrático, como, v.g.: a liberdade de escolha de profissão, a liberdade de ir e vir, os direitos à intimidade, à vida privada e à honra, enfim, às diversas dimensões da autonomia privada.

Desta forma, além de não se amoldar à densidade normativa da Constituição brasileira (v. itens 2 e 3), evidentemente que uma tal concepção procedimentalista excluiria do escopo da jurisdição constitucional direitos essenciais ao tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito, e, que, portanto, se consubstanciam em pressupostos (não procedimentais) da democracia constitucional instaurada pela Carta de 1988.<sup>94</sup> Faz-se mister, portanto, perquirir proposta de interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, de caráter menos restritivo.

---

<sup>94</sup> Conferir a crítica de Ronald Dworkin a John Hart Ely em: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 80/103. Ver, também, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria*

A propósito, compete-nos analisar a proposta alternativa formulada por Rawls, no sentido de que a intervenção contramajoritária do Judiciário na invalidação de decisões majoritárias ou supermajoritárias do Parlamento se legitima na medida em que os juízes decidam sem invocar a sua própria moralidade, convicções filosóficas ou religiosas, mas, inversamente, desde que “apelem aos valores políticos que julguem fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e dos seus valores políticos de justiça e razão pública.”<sup>95</sup> O foco das seguintes linhas é, portanto, o exame do potencial da noção de *razão pública*, como instrumento argumentativo destinado a delinear os limites nos quais se afigura legítima a interpretação judicial dos *elementos constitucionais essenciais* e, mais especificamente, da cláusula superconstitucional dos direitos e garantias individuais. Assim, os demais pontos da rica filosofia política de Rawls só serão abordados na medida em que relevantes para a elucidação do conceito de razão pública.

“Uma Teoria da Justiça”,<sup>96</sup> publicada por John Rawls em 1971, teve a superlativa importância de resgatar o legado kantiano da razão prática, com vistas ao delineamento de uma teoria dirigida à *construção*, através de um *procedimento* engendrado pela razão humana, de princípios de justiça universais, que se consubstanciariam na estrutura básica de uma sociedade de homens livres e iguais.

Quanto à justificação dos aludidos princípios de justiça, é assaz divulgado o modelo contrafático da “posição original”. A propósito, Rawls resgata o contratualismo com o fito de justificar os direitos básicos e as liberdades dos cidadãos, convergindo, em oposição ao utilitarismo, com a máxima de Kant de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo, assim, ser visto como instrumento para a satisfação do bem-estar coletivo.<sup>97</sup> Neste viés, parte de uma situação ideal – chamada posição original – na qual as pessoas desconheciam as suas potencialidades: v.g.: riqueza, inteligência, educação e qualquer outro dado socialmente relevante, ou mesmo as doutrinas abrangentes que perfilharão; estando sujeitas, por conseguinte, ao que chama de “véu da ignorância”, que as impede de agir como de hábito, ou seja, estrategicamente, utilizando a sua capacitação pessoal e a posição social que ocupam como instrumentos de barganha para a incorporação de condições mais favoráveis no bojo do processo de eleição dos princípios de justiça.

À vista do exposto, os representantes de cidadãos livres e iguais escolherão os princípios de justiça, na aceção das condições fundamentais de cooperação social, em um ambiente ideal de deliberação, marcado pela imparcialidade, já que nenhum dos participantes conhecerá sua posição social, virtudes pessoais ou doutrina

---

*Constitucional e democracia deliberativa – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162 et. seq.

<sup>95</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 287.

<sup>96</sup> Id. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Uma curiosidade interessante acerca desta célebre obra reside na circunstância de Rawls ter a ela se dedicado por um período de aproximadamente duas décadas, desde o recebimento do seu título de Ph.D. em Princeton (1950). O seminal artigo “Justice as fairness”, por exemplo, foi publicado na *Philosophical Review* 67/02, em 1958. Vide, a propósito, OLIVEIRA, Nythamar. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

<sup>97</sup> SOUZA NETO. Op. cit., p. 99.

abrangente predileta.<sup>98</sup> Diante destas condições especiais de deliberação, há uma natural tendência de adotar-se a chamada “decisão *maximin*”, em cujo âmbito será escolhida, dentre as opções disponíveis, aquela que se revelar menos gravosa.

Sob o véu da ignorância, considera o filósofo de Harvard que os indivíduos escolheriam dois princípios de justiça para governar a estrutura básica da sociedade e pautar a divisão equitativa de bens primários, a saber:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.<sup>99</sup>

Rawls defende uma prioridade léxica do primeiro – princípio da igual liberdade – em face do segundo – que se subdivide nos princípios da diferença e da igualdade de oportunidades –, do que decorre que “as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor de igual liberdade.” Acrescenta que o princípio da igual liberdade, por se referir aos “*constitucional essenciais*”, ou seja, às liberdades civis e políticas, deve ser resguardado pela Constituição, enquanto a contenção da desigualdade social, embora se consubstancie em dever do Estado, teria a sua tutela relegada à legislação ordinária, na medida em que “dita as políticas sociais e econômicas, sendo voltado a maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, sob condições de igualdade de oportunidade, submetido à manutenção das liberdades iguais”.<sup>100</sup>

Após receber uma série de críticas,<sup>101</sup> sobretudo de que, apesar do seu caráter construtivista e procedimental, a sua teoria ainda apresentava uma fundamentação metafísica, à vista, p. ex., da pressuposição de pessoas morais, livres e iguais, da universalidade dos princípios de justiça e do caráter contrafático da posição original, Rawls, nos diversos artigos escritos na década de 1980 e depois compilados no

---

<sup>98</sup> Esclarece Rawls que “ (a) dificuldade é que precisamos encontrar um ponto de vista apartado dessas estrutura básica abrangente (refere-se o autor às instituições fundamentais da sociedade) (...) A posição original, com os traços que chamei de “véu da ignorância”, é esse ponto de vista. O motivo pelo qual a posição original deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre os princípios de justiça entre pessoas livres e iguais devem eliminar as vantagens de barganha que surgem inevitavelmente nas instituições de base de qualquer sociedade, em função de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Tais vantagens contingentes e influências acidentais do passado não devem afetar um acordo sobre os princípios que hão de regular as instituições da própria estrutura básica, no presente e no futuro.” *O Liberalismo Político*. p. 66 e 67.

<sup>99</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. p. 64.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> A propósito das críticas dos comunitaristas, e, em especial, de Michael Walzer, Alisdair MacIntyre, Charles Taylor e Michael Sandel, ver PETTIT, Philip & KUKATHAS, Chandran. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. Lisboa: Gradiva, 1995; e MULHALL, Stephen & SWIFT, Adam. *Liberals and communitarians*. second edition. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

*Liberalismo Político*,<sup>102</sup> promove uma guinada reconstrutiva no seu pensamento, a qual preconiza que o filósofo político chame para si a tarefa de racionalizar as instituições políticas vigentes, com o escopo de reconstruí-las racionalmente em ordem a obter coerência.<sup>103</sup> Nesta perspectiva, apesar de manter como *pressuposto da sua teoria da justiça a noção de pessoa moral, livre e igual, porquanto reveladora da essência da cultura política das democracias constitucionais contemporâneas, passa a conferir maior destaque à noção de “pluralismo razoável”*.

Com efeito, é nota distintiva do liberalismo político a tolerância à existência de diversas doutrinas abrangentes e razoáveis, cada qual com sua própria concepção de bem, pois considera que, em uma sociedade de cidadãos livres, iguais e racionais, o poder político não pode ser legitimamente manejado para a imposição à sociedade em geral de uma doutrina abrangente perfilhada por um grupo mais bem articulado. Se “não é razoável querer usar as sanções do poder do Estado para corrigir ou punir aqueles que discordam de nós”,<sup>104</sup> de que maneira o poder de império do Estado pode prover estabilidade a uma sociedade profundamente dividida pelo pluralismo?

A resposta de Rawls não inova, propriamente, no teor dos princípios de justiça, mas na forma de justificá-los. Apesar de o filósofo norte-americano continuar a sustentar que os aludidos princípios se consubstanciam na estrutura básica de um sistema equitativo de cooperação social, a ênfase passa a recair na restrição do liberalismo à esfera do político, visto que tal estrutura básica da sociedade pode ser formulada com imparcialidade em relação às doutrinas abrangentes de caráter moral, religioso ou filosófico.<sup>105</sup> Imparcialidade, mas não indiferença, pois uma concepção política de justiça que abranja os princípios de justiça será objeto de um consenso sobreposto entre as doutrinas abrangentes e razoáveis – “*overlapping consensus*”, de maneira que os cidadãos dotados de senso de justiça compartilharão tais princípios. A validade dos princípios de justiça, portanto, deixa de se vincular, exclusivamente, a sua construção mediante um processo racional de justificação (posição original), mas se lastreia também, e fundamentalmente, na aprovação das doutrinas abrangentes razoáveis que coexistem nas sociedades contemporâneas.<sup>106</sup>

A independência do conceito de razão pública com relação às diversas doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes se mostra mais nítida através do *contraste entre razões públicas e não-públicas*: quando estiverem em jogo elementos constitucionais e questões de justiça básica, a razão pública, necessariamente, tem lugar, de modo que “não devemos apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes – para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda –, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controvertidas”, visto que tais razões não são públicas, mas pertinentes à sociedade civil. Ao contrário, a argumentação, neste particular, “deve

---

<sup>102</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 184.

<sup>103</sup> SOUZA NETO. Op. cit., p. 106.

<sup>104</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. p. 184.

<sup>105</sup> RAWLS, John. Réplica a Habermas. In: RAWLS, John; HABERMAS, Jurgen. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Ediciones Piados, 2000. p. 79.

<sup>106</sup> SOUZA NETO. Op. cit., p. 111.

repousar (tanto quanto possível) sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles”, pois, se assim não se procedesse, “a concepção política não ofereceria uma base pública de justificação.”<sup>107</sup>

É exatamente a circunstância de os cidadãos razoáveis serem dotados de um senso de justiça que os torna aptos a considerar a perspectiva do outro, e, assim, deliberarem acerca da estrutura básica da sociedade tendo em mira o bem comum. Na ausência da alvitrada predisposição para o estabelecimento de termos equitativos de cooperação social não seria possível cogitar de um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis. Desta feita, embora os cidadãos tenham duas visões, uma abrangente e outra política, os princípios de justiça não devem ser compreendidos como resultado da imposição aos demais da doutrina abrangente de um grupo mais bem articulado, como se poderia supor a partir da teoria de Waldron,<sup>108</sup> porquanto a “compreensão da relação política no âmbito de uma democracia constitucional como uma relação de amizade cívica”<sup>109</sup> – perspectiva esta diametralmente antagônica à visão schmittiana da política como uma relação amigo-inimigo –, viabiliza que se vislumbre um compromisso moral partilhado por cidadãos razoáveis em torno de valores profundamente enraizados nas sociedades democráticas contemporâneas.

Apesar de todos os órgãos do Estado deverem deliberar guiados pela razão pública, o seu emprego somente é considerado obrigatório quando estiverem em jogo os chamados “elementos constitucionais essenciais” e as “questões de justiça básica”. Com efeito, enquanto os membros do Legislativo e do Executivo podem agir de acordo com as suas doutrinas abrangentes quando a deliberação não se referir aos elementos constitucionais essenciais e a questões de justiça básica, os juízes estão adstritos a uma determinada compreensão da Constituição e do ordenamento jurídico em geral, e a uma concepção política de justiça que seja, razoavelmente, fruto de um consenso sobreposto entre doutrinas filosóficas e religiosas distintas. Em virtude da restrição da sua atuação a um domínio de neutralidade política, “a razão pública é a razão do seu supremo tribunal”,<sup>110</sup> enquanto intérprete judicial supremo.<sup>111</sup>

Neste ponto, Rawls, em perspectiva que se harmoniza com a democracia dualista de Bruce Ackerman, vislumbra, sob a perspectiva da densidade moral, uma clivagem entre política constitucional e ordinária.<sup>112</sup> Assim, defende a prerrogativa de a Corte Suprema controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos, pois, apesar desta competência se afigurar contramajoritária, não se pode dizer antidemocrática, já que a vontade superior do povo, cristalizada na Constituição, autoriza esta intervenção. Para além disto, a mais alta Corte cuida de exercer, neste

---

<sup>107</sup> Ibid., p. 274.

<sup>108</sup> Ver item dois.

<sup>109</sup> SOUZA NETO. Op. cit., p. 117. Lembra Cláudio Pereira de Souza Neto, porém, que esta dimensão intersubjetiva da razão pública somente será refinada com o desenvolvimento da noção de reciprocidade no seu “A ideia de razão pública revista”. RAWLS, John. In: idem. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>110</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. p. 286.

<sup>111</sup> Ibid., p. 272.

<sup>112</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations* (v. item 2). RAWLS, John. Op. cit., p. 284. Acerca do dualismo político e das especificidades da teoria de Ackerman, conferir o item 2.

particular, a razão pública, para, através de uma argumentação neutra em relação às doutrinas abrangentes e fincada em valores enraizados no coração das democracias constitucionais contemporâneas, preservar os elementos constitucionais essenciais e os princípios da justiça básica da corrosão “pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem-posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem”.<sup>113 114</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Convém destacar que a ideia de que os valores políticos da razão pública contribuem para a legitimação da jurisprudência constitucional em uma sociedade democrática pluralista se revela de notável importância para a demarcação dos limites de uma interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, que seja reverente ao princípio democrático sem se qualificar como demissionária da tutela de direitos fundamentais que, inequivocamente, se consubstanciam em condições da democracia.

Pois bem. A atuação dos Tribunais, e especialmente da Suprema Corte, como guardiões da tutela das condições da democracia, permite que não se confunda a democracia com o majoritarismo em sentido forte (em que a regra da maioria é critério necessário e suficiente para as escolhas sociais, não se admitindo, portanto, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, ante o seu caráter contramajoritário). De fato, a efetiva caracterização do ideal de autogoverno do povo e da premissa do igual valor intrínseco entre os cidadãos pressupõe que determinadas condições da democracia sejam respeitadas. Caso o Judiciário limite a sua intervenção contramajoritária no tocante à invalidação de emendas constitucionais atentatórias ao art. 60, § 4º, IV, da CF/88, aos pressupostos da continuidade da jornada democrática, não restringe, antes promove, o ideal de autogoverno do povo. Não se quer afirmar que, sem o controle judicial de constitucionalidade, tais condições restariam, certamente, inobservadas,<sup>115</sup> mas apenas que, se a sua atuação na interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 se limitar a esta seara, o Judiciário não usurpará competências dos órgãos legitimados pelo voto, nem transgredirá a democracia. Conforme se aludiu no comentário à obra de Ely, o Judiciário pode desempenhar importantíssimo papel de

---

<sup>113</sup> RAWLS. Op. cit., p. 284.

<sup>114</sup> No domínio específico do controle da constitucionalidade de emendas constitucionais, a obra de Rawls também se revela profícua. Ao cogitar de proposta de revogação da primeira emenda à Constituição norte-americana, colocando uma pá de cal no princípio da secularização do Estado, considera que, mesmo que os pertinentes rigores procedimentais tenham sido devidamente observados, uma tal reforma constitucional revelar-se-ia inválida, porquanto, para além de divorciar-se dos propósitos típicos das emendas (ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação, ou incorporar à Constituição um entendimento mais amplo destes valores), negaria a tradição constitucional do mais antigo regime democrático do mundo.

Assim, conclui que a liberdade religiosa e os demais direitos contidos no *Bill of Rights* revestem-se do *status* de cláusulas pétreas implícitas, visto que uma tal validade superconstitucional encontrar-se-ia garantida por longa prática histórica, de molde que a sua simples supressão equivaleria a um “colapso constitucional” ou a uma verdadeira revolução. Em arremate, assevera que “(a) prática bem-sucedida de suas ideias e princípios ao longo de mais de dois séculos impõe restrições ao que agora pode ser considerada uma emenda, o que quer que tenha sido verdadeiro no início”. *Ibid.*, p. 290.

<sup>115</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 07.

árbitro do jogo democrático, evitando a sua convação em um “vale-tudo eleitoral”, com nítido benefício dos detentores de maior poder político e econômico em detrimento das minorias.

Assim, parece evidente que o exercício da razão pública pelo Judiciário “dá força e vitalidade à razão pública no fórum público”,<sup>116</sup> visto que se destina a assegurar que o delineamento concreto dos elementos constitucionais essenciais (inclusive e notadamente os direitos fundamentais) seja feito à luz dos valores políticos compartilhados pelas democracias constitucionais bem ordenadas, afastando a deliberação pública de uma incessante luta pela aquisição de cargos e de poder, guiada por uma estratégia puramente eleitoral. Com efeito, o exercício da razão pública pelas Cortes coloca os elementos constitucionais essenciais no centro do debate político, aprimorando o caráter deliberativo dos processos políticos e “educando os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política.”<sup>117</sup>

Por outro lado, caso a Corte se utilize de doutrina abrangente particular (v.g. determinada doutrina moral, filosófica, religiosa, econômica, etc.) para densificar o conteúdo de princípios constitucionais abstratos, como os direitos e garantias fundamentais, esbarra no insuperável problema do déficit de legitimidade democrática dos juízes, tornando procedente a crítica de Waldron acerca do caráter antidemocrático do controle jurisdicional de constitucionalidade. De fato, como se justificar, à luz do princípio democrático, que agentes públicos não eleitos se substituam à maioria dos representantes do povo na eleição, p. ex., da “melhor doutrina econômica”? Nesta hipótese, revela-se cristalino que a jurisdição constitucional seria colocada a serviço do entrincheiramento constitucional da doutrina esposada (e, eventualmente, de posições de vantagem) por (de) grupos mais bem articulados perante este departamento estatal, os quais, por uma razão ou outra, não obtiveram, ou temem não obter, êxito no processo político deliberativo.

A aplicação da noção de razão pública ao objeto da presente dissertação redundaria em uma proposta de interpretação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, que restrinja a atuação do Judiciário à hipótese de emenda que atente contra as condições da democracia, promovendo, via de consequência, a elevação do nível deliberativo dos processos políticos (em cujo cerne será colocada a discussão sobre os melhores meios para a implementação dos elementos constitucionais essenciais), e a desobstrução dos canais de deliberação democrática, visto que caberá ao Judiciário impedir que elites se utilizem de sua posição privilegiada para a obtenção de benesses, através, i.e., do entrincheiramento constitucional de privilégios. Este “ativismo” restrito à tutela das condições da democracia permitirá que a atribuição de força jurídica efetiva à cláusula superconstitucional dos “direitos e garantias individuais” não implique excessiva judicialização da política, com a usurpação de competências de entes democraticamente legitimados pelo Judiciário.

Todavia, o desenvolvimento desta assertiva pressupõe o esclarecimento de duas questões adicionais. A primeira consiste em que o reconhecimento da competência e

---

<sup>116</sup> RAWLS. Op. cit., p. 288.

<sup>117</sup> Ibid., p. 290.

da legitimidade democrática de o Judiciário invalidar emenda constitucional por violação às condições da continuidade da jornada democrática não significa que tais elementos hajam sido retirados do debate público e “delegados” aos juízes que, encastelados em torres de marfim, definiriam o seu teor. Ao contrário, para além de as decisões judiciais se submeterem ao crivo da opinião pública,<sup>118</sup> e ao correlato dever de os juízes fundamentarem as suas decisões à luz de uma compreensão dos elementos constitucionais essenciais compartilhada por cidadãos razoáveis, a tendência de democratização da jurisdição constitucional – que no Brasil se faz sentir através, v.g., do controle difuso de constitucionalidade, da ampliação do rol de legitimados ativos da ADIN, da introdução da figura do *amicus curiae*, etc. – permitiu maior participação da sociedade civil nos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade.<sup>119</sup>

Tais circunstâncias, aliadas aos diversos mecanismos de freios e contrapesos existentes na Constituição de 1988 e aos limites textuais do documento constitucional, parecem confirmar a assertiva de Rawls de que “a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, permitirá à Corte dizer o que ela é.”<sup>120</sup>

A segunda consiste em uma *definição mais concreta das alvitradas condições da democracia*. Neste particular, reitera-se que o filósofo norte-americano sustenta competir ao Judiciário invalidar decisões majoritárias ou supermajoritárias do Parlamento que violem tão-somente os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça. Neste rol estão inseridos os princípios fundamentais que estruturam o Estado (prerrogativas dos “poderes” e alcance da regra da maioria), *os direitos ao voto e à participação política (nos quais se pode inferir o direito à nacionalidade, como verdadeiro direito a ter direitos), a um mínimo existencial e as liberdades fundamentais, sejam as diretamente vinculadas ao processo democrático (v.g.: liberdade de expressão, de reunião, direito a informação), sejam as que não guardem relação imediata com a democracia (v.g.: liberdade de religião, de ir e vir e de escolha de profissão)*.<sup>121</sup> Saliente-se a não inclusão do princípio da diferença, que, ao revés, deve ser garantido pelo legislador através do emprego da razão pública.<sup>122</sup>

Quanto ao último aspecto, vale sublinhar que Rawls evoluiu em relação à posição defendida na Teoria da Justiça, porquanto acatou a crítica de Frank Michelman, de maneira a considerar que a garantia de condições materiais mínimas atuaria como

---

<sup>118</sup> Neste particular, foram de grande valia a criação da TV Justiça e a disponibilização das decisões do STF em seu sítio na internet, além do lento desenvolvimento de um sentimento constitucional.

<sup>119</sup> Ver BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>120</sup> RAWLS. Op. cit., p. 288.

<sup>121</sup> Ibid., p. 277 et seq.

<sup>122</sup> Esclarece Cláudio Pereira de Souza Neto que “embora os dois princípios sejam, segundo ele (Rawls), objeto de consenso sobreposto, este não se realiza integralmente no plano constitucional. O autor concebe, de fato, um processo gradual e adesão aos princípios de justiça, que se inicia como um mero *modus vivendi*, se aprimora como um “consenso constitucional” e se realiza finalmente como um “consenso sobreposto”. O seu modelo de igualdade social é concretizado somente neste terceiro momento, e a jurisdição constitucional deve proteger apenas o segundo.” SOUZA NETO. Op. cit., p. 124/125.

pressuposto ao princípio da igual liberdade.<sup>123</sup> Assim, a tutela das necessidades básicas do cidadão passou a ocupar posição idêntica ao princípio da igual liberdade na ordem léxica que engendra entre os princípios de justiça, dissociando-a, portanto, do princípio da diferença, pois já se assinalou que este, embora “muito mais exigente”, não se insere entre os *constitucional essenciais*.

Tais considerações evidenciam que o liberalismo político não se identifica com a tradicional teoria liberal dos direitos fundamentais, que concebida no período pós-revolucionário, limita-os aos direitos a prestações estatais negativas. Embora preconize a neutralidade política do Judiciário na tutela dos elementos constitucionais essenciais, e as liberdades civis ali inseridas demarquem, de fato, esfera de autonomia privada intangível à intervenção do Estado, o liberalismo político não exige neutralidade estatal no domínio econômico. Não se deve confundir o liberalismo político de Rawls, de forte caráter igualitário, com o liberalismo econômico (neoliberalismo ou libertarianismo) que, ao contrário daquele, busca precisamente colocar uma doutrina econômica abrangente, cuja nota típica é o absentismo estatal no domínio da economia, fora do alcance das maiorias políticas, por considerá-la elemento constitucional essencial, utilizando-nos, a bem da clareza, da nomenclatura de Rawls.

Ao revés, de pressupostos fundamentais do liberalismo político, como, p. ex., as ideias de igualdade, liberdade e de igual valor intrínseco entre os indivíduos, a visão de que a liberdade não consiste em mera ausência de constrangimento externo, mas um genuíno poder de escolha, etc., já trazem em si exigências no sentido da imprescindibilidade de o Estado atender aos direitos sociais que correspondam às necessidades básicas dos indivíduos, que, nesta medida, serão dotados de fundamentalidade material.<sup>124</sup> Esta dimensão igualitária do liberalismo político se afigura de extrema relevância no domínio de sociedades não tão bem-ordenadas como os EUA, de que é exemplo a brasileira, nas quais as drásticas desigualdades sociais trazem fortes pressões de satisfação de direitos sociais fundamentais.

Assim, preconiza-se no presente trabalho que um liberalismo político que enfatize a sua dimensão igualitária fornece parâmetros fundamentais para a interpretação do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, em consonância a uma leitura sistemática do texto constitucional. Isto porque, por um lado, logra-se obter modelo em que o Judiciário preserva elementos constitucionais essenciais de pretensões supressivas do constituinte derivado, visto que a noção de que os indivíduos,

---

<sup>123</sup> MICHELMAN, Frank. Welfare rights and constitutional democracy. *Washington University Law Quarterly*, 1979; Id. Constitutional welfare rights and a theory of justice. In: DANIELS, Norman. *Reading rawls: critical studies on rawls's theory of justice*. California: Stanford University Press, 1989. p. 319/347. Conferir ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005. p. 240 et. seq.; BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Idem. *Teoria dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>124</sup> DONNELLY. Op. cit., p. 69 et. seq.

independentemente de sua função social, são um fim em si mesmo, cujos direitos fundamentais gozam de uma prioridade *prima facie* em relação à satisfação de necessidades coletivas, coíbe, por exemplo, desvios autoritários a que estaria sujeita uma visão totalizante do Estado de Bem Estar Social.

Por outro lado, a ênfase de sua dimensão igualitária permite que se veja a premissa fundamental do tratamento dos indivíduos pelo Estado com “igual consideração e respeito” segundo uma perspectiva mais apropriada a sociedades em vias de desenvolvimento, que escapa das insuficiências inerentes à restrição dos direitos fundamentais aos direitos de defesa. A referida proposta, conforme salientado, parece se amoldar a uma interpretação sistêmica da Carta de 1988, pois se cuida de Constituição que, nitidamente, se preocupou em proteger o indivíduo do eventual exercício abusivo do poder estatal, sem haver, contudo, descurado do papel de o Estado promover a satisfação de necessidades básicas do indivíduo.

À vista do exposto, pode-se concluir que uma tal concepção não incide no reducionismo a que está fadado um procedimentalismo puro como o de Ely, vez que não restringe as condições da democracia aos direitos e liberdades que cumpram uma função imediata no processo democrático. Ao revés, na esteira do que se depreende da leitura sistemática do texto constitucional, *abrange também todos as condições fundamentais para a garantia de que os indivíduos sejam tratados com igual consideração e respeito, como agentes morais livres e iguais, independentemente da posição ou da função que desempenham na sociedade. Consideram-se, nesta perspectiva, inseridos no âmbito de proteção superconstitucional do art. 60, p. 4, IV, da CF/88, as liberdades fundamentais ligadas direta ou indiretamente à regularidade do processo democrático, o mínimo existencial, os direitos políticos e à nacionalidade, e os direitos difusos e coletivos.*