

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**SHIRLEI APARECIDA DE CARVALHO RAMOS**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: (IM)POSSIBILIDADE DO AVANÇO NAS  
CLÁUSULAS PÉTREAS**

MARÍLIA  
2012

SHIRLEI APARECIDA DE CARVALHO RAMOS

DIREITOS FUNDAMENTAIS: (IM)POSSIBILIDADE DO AVANÇO NAS  
CLÁUSULAS PÉTREAS

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

MARÍLIA  
2012

RAMOS, Shirlei Aparecida de Carvalho.

Direitos Fundamentais: (Im)possibilidade do Avanço nas Cláusulas Pétreas / Shirlei Aparecida de Carvalho Ramos. Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2012.  
62f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Direitos fundamentais 2. Avanço 3. Cláusulas pétreas 4. Supremo Tribunal Federal.

CDD: 341.27



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**Shirlei Aparecida de Carvalho Ramos**

RA: 42780-2

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: (IM)POSSIBILIDADE DO AVANÇO  
NAS CLÁUSULAS PÉTREAS**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

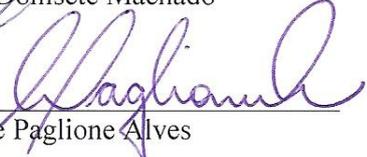
Nota:

10,0 (Dz)

ORIENTADOR(A):

  
Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A):

  
Cristiane Paglione Alves

2º EXAMINADOR(A):

  
Vivianne Rigoldi

Marília, 17 de outubro de 2012.

## Dedicatória

À Deus, pelo dom da vida.  
À memória de minha mãe, uma vez que em vida foi a grande incentivadora de todos os meus projetos.  
Ao meu marido, Adriano, pelo carinho, apoio e compreensão nas horas despendidas para a feitura do presente trabalho e consecução deste.

## Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, à instituição de ensino “Eurípides Soares Da Rocha”, que proporciona ao aluno meios para a realização da pesquisa e aprofundamento no estudo. Além da diversidade de instrumentos colocados à disposição dos discentes.

A todos os professores desta instituição, que ao longo dos anos foram colaboradores, partícipes em todas as etapas do curso, desde o ensino propedêutico até os dias atuais, contribuindo para a evolução intelectual do discente, futuro operador do direito.

De modo particular, agradeço ao meu orientador, professor Edinilson, pelo auxílio e disponibilidade demonstrada para a elaboração do presente trabalho, bem como sua experiência intelectual e profissional, as quais foram indispensáveis para o aprimoramento da pesquisa e enriquecimento cognitivo.

RAMOS. Shirlei Aparecida de Carvalho. **Direitos fundamentais: (im)possibilidade do avanço nas cláusulas pétreas.** 2012. 62f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo investigar a (im)possibilidade do avanço nas cláusulas pétreas. Para tanto, fez-se necessário um estudo incipiente dos direitos fundamentais, pois sem eles não há que falar em proteção do núcleo intangível da Constituição, tendo em vista que o direito fundamental do indivíduo é a pedra angular que norteia todo o ordenamento jurídico. Posteriormente, realizou-se um estudo minucioso das espécies de cláusulas pétreas, bem como a discussão ao redor dos direitos sociais, se estes estão ou não inseridos no rol do cerne fixo. Trouxe a lume a forma exegética delineada pelo Supremo Tribunal Federal sobre as cláusulas pétreas, bem como julgados exarados pela corte brasileira, alemã e americana. Houve a análise da norma contida no Pacto São José da Costa Rica que proíbe a prisão civil do depositário infiel, sua natureza jurídica e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro no caso de confronto com uma norma infraconstitucional. Discorreu-se, por fim, a respeito do princípio do irretrocesso social e do avanço dos direitos fundamentais, consubstanciado na vedação da prisão civil do depositário infiel, ampliando, assim, a cláusula pétrea do direito e garantia individual, qual seja a liberdade do indivíduo. Destarte, por meio do estudo dos direitos fundamentais e da hermenêutica perfilhada pelo Pretório Excelso, pode-se chegar a ilação que é possível o avanço das cláusulas pétreas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Avanço. Cláusulas pétreas. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>CAPÍTULO 1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES À REFORMA .....</b>	<b>10</b>
1.1 Definição, Localização e Características dos Direitos Fundamentais.....	10
1.2 Legitimidade e Finalidade do Núcleo Constitucional Intangível.....	13
1.3 Origem das cláusulas pétreas, precedentes históricos no direito alienígena e sua evolução no direito pátrio .....	15
1.4 Espécies de Cláusulas Pétreas .....	18
1.5 Evolução Histórica e Discussão Acerca dos Direitos Sociais .....	23
<b>CAPÍTULO 2 - A INTELECÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS CLÁUSULAS PÉTREAS .....</b>	<b>28</b>
2.1 Análise de julgados proferidos pelo Pretório Excelso.....	28
2.2 Julgamentos Proferidos pelas Cortes Americana, Alemã e Brasileira .....	31
2.3 Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica.....	35
2.4 Exegese do Supremo Tribunal Federal sobre o Tratado Interamericano de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica e as Regras Domésticas.....	36
2.5 Da Natureza Constitucional dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos .....	41
<b>CAPÍTULO 3 - O RETROCESSO OU AVANÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>44</b>
3.1 Do Princípio da Proibição do Retrocesso Social .....	44
3.2 Hierarquização das Cláusulas Pétreas? .....	47
3.3 A Superconstitucionalidade das Cláusulas como Reserva de Justiça.....	50
3.4 Vedação da Prisão Civil do Depositário Infiel – Configurador do Avanço dos Direitos Fundamentais e, por Consequente, das Cláusulas Pétreas.....	51
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS .....	59

## INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho consiste na análise detalhada sobre as cláusulas pétreas previstas no texto constitucional, mas para que seja realizado um estudo aprofundado acerca do tema, mister se faz a análise dos direitos fundamentais, visto que sem eles não se poderia falar em proteção dos limites materiais ao poder de reforma.

O primeiro capítulo visa, “ab initio”, a conceituação, localização e características dos direitos fundamentais e, num segundo momento, passa-se a análise da legitimidade e finalidade, seus precedentes históricos no direito estrangeiro e a sua evolução no Direito Pátrio.

Estudar-se-á, minudentemente, as limitações expressas materiais (art.60, §4º da CF) ao poder constituinte derivado, ou seja, as espécies de cláusulas pétreas, para que após essa análise, seja possível depreender a forma exegética delineada pelo Pretório Excelso.

Finalizando o primeiro capítulo, serão realizados alguns questionamentos surgidos em torno do cerne fixo, dentre eles, a discussão dos direitos sociais. A questão atinente aos direitos sociais reside no fato deles se encontrarem ou não no rol das referidas cláusulas pétreas, mais precisamente, nos direitos e garantias individuais, por meio de uma interpretação extensiva.

O segundo capítulo possui como tema a inteligência do Supremo Tribunal Federal sobre as cláusulas pétreas. Logo, está voltado para a hermenêutica da Suprema Corte sobre o cerne fixo da Constituição, Analisar-se-á os julgamentos proferidos pela mesma, procurando extrair o entendimento da Corte para que, ao final do trabalho, o leitor possa fazer seu juízo de valor no tocante ao núcleo constitucional intangível. Será realizada também uma análise jurisprudencial perfunctória das cortes: americana, alemã e brasileira sobre as cláusulas pétreas, para que ao final possa traçar um quadro comparativo entre as cortes mencionadas.

Possui como ponto nevrálgico a interpretação do Tratado Interamericano sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica – bem como a ampliação de um direito e garantia individual constante nele, qual seja, a vedação da prisão civil do depositário infiel, defendida na presente pesquisa como verdadeira cláusula pétrea, imune a toda e qualquer supressão e redução pelo poder constituinte derivado reformador.

Discutir-se-á, precipuamente e de forma minuciosa, o Pacto São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos – debatendo a questão da previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) que não foi

revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Desta feita, poderia afirmar que houve uma ampliação de direitos fundamentais, visto que não há mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ampliando, assim, o direito e garantia individual do cidadão, especificadamente o direito de liberdade, configurando uma cláusula pétrea? Tal questão receberá atenção maior, visto a importância do tema.

Realizar-se-á, nesse contexto, a exegese do Supremo Tribunal Federal sobre o referido tratado e as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, será exposta decisão dos ministros que tiveram o voto vencido na Corte em importante julgamento que analisou a natureza jurídica dos tratados internacionais, com o intuito de afirmar que tal posição seria a mais correta ao caso e que dessa forma não geraria tanto conflito como se observa hoje, consoante decisão exarada pela Suprema Corte.

O terceiro e último capítulo do presente trabalho traz como tema o retrocesso ou avanço dos direitos fundamentais. Analisa-se, “prima facie”, o princípio da vedação do retrocesso social, que garante a impossibilidade de redução e supressão de direitos já garantidos pelo constituinte originário, garantindo um mínimo existencial para a sobrevivência do indivíduo.

Analisar-se-á a questão da hierarquização das cláusulas pétreas, se é possível tal denominação e o porquê. Com traços pormenorizados sobre o núcleo intangível da Constituição, estudar-se-á o posicionamento de diversos doutrinadores acerca dos questionamentos apontados alhures, notadamente os pontos divergentes e a posição dominante. Traz, ainda, a ideia defendida pelo doutrinador Vieira (1999, p. 135) sobre a superconstitucionalidade das cláusulas pétreas, constituidoras da reserva de justiça da Constituição. Por derradeiro, o capítulo tem como desfecho a confirmação de que a vedação da prisão civil do depositário infiel constitui verdadeiro avanço dos direitos fundamentais e conseqüentemente das cláusulas pétreas.

Para a confecção do presente trabalho de curso, o método primordial de investigação foi o dedutivo, sendo que no capítulo segundo utilizou-se o método indutivo. As técnicas de coleta de dados foram: bibliografia, documental e via internet.

O objetivo precípua deste estudo é estimular o senso cognitivo do leitor, e não apenas fornecer conhecimento e diferentes posições de autores sobre o tema, mas fazê-lo refletir sobre tal posicionamento e verificar, com base na feitura dos estudos, seu juízo de valor, comparando os esclarecimentos acolhidos e explanando seus próprios entendimentos acerca do assunto.

Por fim, é importante destacar a relevância do tema “cláusulas pétreas”, com o escopo de atingir não somente aos estudantes de direito, mas sim todos os leitores que ao findar a leitura terão noções básicas acerca do assunto abordado, e poderão aludir suas próprias convicções, mesmo que elas sejam empíricas.

# **CAPÍTULO 1 - DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES À REFORMA**

## **1.1 Definição, Localização e Características dos Direitos Fundamentais**

Ao longo da história houve uma ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem, impedindo uma definição precisa para designá-los. Foram estabelecidas várias acepções, consoante os dizeres de Silva (2006, p.175), tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Diziam-se direitos naturais por serem intrínsecos à natureza humana, pois nascem com o homem, e cabem simplesmente pelo fato de ser homem. Mas referida tese não se aceita mais, pelo fato de se ter direitos positivados, fundamentados nas relações sociais materiais em cada momento da história.

Referente à expressão direitos humanos, esta é a definição preferida dos tratados internacionais, mas recebe críticas tanto quanto a expressão direitos do homem, pois é preciso afirmar que só o ser humano pode ser titular de direitos e não há direito que não seja humano.

Os direitos individuais correspondem aos direitos do indivíduo isoladamente, e estão empregados no texto constitucional de 1988, expressando o conjunto de direitos fundamentais relacionados à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Direito público subjetivo é um conceito técnico-jurídico e está intimamente ligado à expressão “direitos individuais”, visto que o direito subjetivo é uma prerrogativa conferida ao titular de um direito que atua em conformidade com regras de direito objetivo, ou seja, uma vez violado um direito, seu exercício, ou não, dependerá da vontade do titular, que dele pode dispor, renunciar e até mesmo prescrever esse direito. Portanto, esta definição não é a melhor a ser empregada, pois as situações de disposição, renúncia e prescrição são incompatíveis com as características dos direitos fundamentais, das quais serão vistas detalhadamente mais adiante.

No que tange às liberdades fundamentais e liberdades públicas, são conceitos limitativos e insuficientes. Aquela se refere apenas a algumas liberdades e esta é empregada pela doutrina francesa, abrangendo os direitos fundamentais em geral e empregando os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (equivalente à liberdade política/ gozo livre dos direitos políticos).

Por fim, a expressão direitos fundamentais do homem é a mais adequada, pois revela a idéia política de cada ordenamento jurídico e refere-se aos princípios que resumem o conceito de mundo. A questão fundamental do homem está empregada no sentido de que todos devem ter seus direitos formais, concretos e materialmente efetivados; trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive. Já a palavra homem significa pessoa humana, e não o macho da espécie; sendo assim, direitos fundamentais do homem correspondem aos direitos fundamentais da pessoa humana ou simplesmente direitos fundamentais.

Nestes termos, os direitos fundamentais estão localizados na Constituição Federal de 1988, em seu Título II, que emprega o gênero “direitos e garantias fundamentais”, dos quais são espécies os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º); direitos sociais (art. 6º); direitos à nacionalidade (art. 12); direitos políticos (art. 14) e partidos políticos (art. 17). Concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos, o Supremo Tribunal Federal já manifestou no sentido de que esses direitos podem ser encontrados ao longo do texto constitucional, sejam eles expressos ou decorrentes dos princípios adotados pela Constituição ou de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, e não apenas no rol do art. 5º da CF/88.

Urge ressaltar as características dos direitos fundamentais:

Historicidade - possuem caráter histórico, tendo início com a revolução burguesa e evoluem com o tempo, não sendo acolhida a fundamentação embasada no direito natural;

Inalienabilidade – não se pode dispor, nem aliená-los pelo simples fato de não ter conteúdo econômico – patrimonial;

Irrenunciabilidade – os direitos podem não ser exercidos, mas nunca devem ser renunciados, pois não se admite a renúncia de um direito fundamental;

Imprescritibilidade – equivale dizer que os direitos nunca deixam de ser exigíveis, não prescrevendo no tempo, pois não há perda da exigibilidade da prescrição vinculada aos direitos de cunho personalíssimo, somente patrimonial;

Pode-se elencar como a quinta característica a universalidade – destinam-se a todos os seres humanos, de forma indiscriminada;

Concorrência - diz respeito ao exercício cumulativo de dois ou mais direitos, por exemplo, um jornalista que transmite uma notícia (direito de informação) e, emite uma opinião (direito de opinião); (SILVA, 2011, p. 180)

Complementando as características acima Lenza (2010, p. 742), contribui com mais uma importante anotação:

Limitabilidade – os direitos fundamentais são relativizados (não são absolutos), pois diante de um caso concreto, muitas vezes, há conflito de interesses e a solução ou vem descrita na própria Constituição ou cabe ao magistrado decidir qual direito deverá preponderar, considerando a regra da “máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugados com a sua mínima restrição”.

Impende destacar que a Constituição Federal de 1988 é classificada como promulgada (democrática, votada ou popular), escrita (instrumental), analítica (extensas, prolixas, longas), formal (aquela que não elege como critério o conteúdo de suas normas e sim o processo de sua formação), dogmática (sistemáticas), rígida (exige um processo legislativo mais dificultoso, solene, mais árduo para a alteração da Constituição do que o processo das leis ordinárias), reduzida (consubstancia-se em um código básico, unitário), eclética (ideologias conciliatórias), principiológica (prevalecem os princípios, consagram valores), garantia (visa garantir a liberdade), dirigente (estabelece um plano para dirigir uma evolução política). (LENZA, op. cit., p. 88).

No tocante à rigidez constitucional da CF/88, ela está prevista no art. 60, especificadamente em seu § 2º que apregoa um quorum de votação de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, para aprovação das emendas constitucionais. Desta feita, uma emenda constitucional terá o condão de modificar, acrescentar ou suprimir dispositivos contidos no texto constitucional, visto que produz normas de caráter constitucional.

Assevera-se que a Constituição de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica, rompendo com a ordem precedente. Esse novo Estado estabelecido pelo titular do poder constituinte originário, qual seja, o povo, é inicial ou de primeiro grau, autônomo, ilimitado juridicamente, incondicionado e soberano em suas decisões, exercendo um poder de fato e político. Já o poder constituinte derivado, também denominado como de segundo grau, constituído, possui caráter limitado, condicionado a regras impostas pelo originário e se subdivide em reformador, decorrente e revisor.

A manifestação do poder constituinte derivado reformador ocorre por meio das emendas constitucionais (artigos 59, I e 60 da CF/88), que permite a modificação, supressão ou acréscimo do texto constitucional, desde que obedecidas às limitações expressas ou explícitas previstas ou as decorrentes do sistema, isto é, as implícitas que impossibilitam a alteração dos titulares do poder constituinte originário e reformador.

Os limites expressos na Constituição são:

- a) Formais ou procedimentais (art. 60, I, II, III e §§ 2º, 3º e 5º - referentes, respectivamente, à iniciativa, ao quorum de aprovação, promulgação e a proposta de emenda constitucional rejeitada);
- b) Circunstanciais (art.60, § 1º - são três situações que impedem a alteração do texto constitucional: na vigência do estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal); e
- c) Materiais (art. 60, § 4º - conhecidos como cláusula pétrea).

Cláusulas pétreas são dispositivos da Constituição que não podem ser modificados, sendo também chamadas de limitações materiais às mudanças constitucionais, núcleos constitucionais intangíveis ou cerne fixo.

As aludidas cláusulas pétreas, conforme consignado alhures, encontram-se previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- a) a forma federativa de Estado;
- b) o voto direto, secreto, universal e periódico;
- c) a separação dos poderes; e
- d) os direitos e garantias individuais.

A partir de então, passa-se a análise da legitimidade e finalidade do cerne fixo.

## **1.2 Legitimidade e Finalidade do Núcleo Constitucional Intangível**

Aprioristicamente, é importante salientar a existência de um poder constituinte originário, cujo objetivo é a criação de um novo Estado, rompendo com o ordenamento jurídico precedente. Para tanto, para que ele seja solidificado, é importante que sua essência permaneça intocável.

Neste diapasão, deverá a emenda (um ato infraconstitucional, o qual ingressa no ordenamento jurídico após sua aprovação) respeitar suas limitações expressas, sejam elas materiais, circunstanciais, formais ou limitações implícitas.

Importante ressaltar os fundamentos de legitimação das cláusulas pétreas, quais sejam, a identidade original da Constituição, e a defesa do Estado democrático. Um exemplo clássico da democracia vigente no Direito Pátrio é a rigidez constitucional, que se exige maioria qualificada para aprovar emendas, além dos limites materiais ao poder de reforma.

As cláusulas pétreas têm por escopo retirar do poder dos governantes elementos imprescindíveis para o bom funcionamento de um Estado e “impedir um processo de erosão da Constituição”, assim mencionado na obra de Mendes, Coelho e Branco (2009, p.253). Afirma ainda o citado constitucionalista que as cláusulas pétreas pretendem evitar os apelos próprios de certo momento político, impedindo a destruição de um projeto duradouro.

O sentido básico do cerne fixo é tão - somente a preservação de um projeto duradouro, sua identidade constitucional; portanto, o enfraquecimento dos princípios básicos elaborados pelo constituinte originário e protegidos pelas cláusulas pétreas ocasiona a eliminação destas. Assevera Schmitt (2001, p. 119) que, em nenhuma hipótese, a identidade da Constituição poderá ser afetada pelo poder de reforma.

De outro vértice, há doutrinadores que admitem a supressão das cláusulas pétreas, desde que a reforma seja levada à confirmação popular. Consoante a ministra da Suprema Corte, Rocha (1993, p.181-182), elucida sua posição acerca do tema em comentário:

“Penso – mudando opinião que anteriormente cheguei a externar – que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto. [...] De outra parte, considero imprescindível que, num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes da democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e consequências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável”.

Outras vertentes doutrinárias afirmam que o núcleo intangível não é absoluto. É possível alterá-lo, se a essência do princípio permanecer intocada; assim, elementos circunstanciais das cláusulas pétreas poderiam ser alterados ou suprimidos.

Conquanto, é patente a figura de intangibilidade do núcleo da constituição, impossibilitando a alteração ou supressão da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos poderes e das garantias e direitos individuais previstos na Carta Magna brasileira.

Para um melhor delineamento do trabalho, é necessário explicar a origem das cláusulas pétreas, os precedentes históricos no direito alienígena e a sua evolução no Direito Pátrio.

### **1.3 Origem das cláusulas pétreas, precedentes históricos no direito alienígena e sua evolução no direito pátrio**

O constitucionalismo moderno traz consigo a mutabilidade, pois o Direito deve atender as demandas sociais e a nova realidade em que vive, para que não seja petrificado no tempo. Todavia, para que uma constituição seja preservada, é necessário conservar sua identidade original, ou seja, um núcleo de questões imbuídas de valores dos quais deram base para sua criação. Essa identidade original é também conhecida como o “Espírito da Constituição”, assim aduzida por Häberle (2004, p. 125), e encontra-se protegida pelas cláusulas pétreas, previstas em várias Constituições.

A previsão de um núcleo imodificável na Constituição não é inovação da Carta Magna brasileira de 1988, visto que sua previsão remonta a primeira constituição moderna, qual seja, a Constituição Norte-americana de 1.787. Essa Constituição elencava em seu art. 5º a impossibilidade de se proibir a importação de escravos antes de 1808, bem como que nenhum Estado-membro poderia ser privado de sua igualdade de sufrágio no Senado, salvo se houvesse anuência deste.

Destarte, mister se faz a análise do precedente histórico das cláusulas pétreas no direito estrangeiro.

A Constituição francesa de 1884 e a italiana de 1948 vedavam que a forma republicana de governo fosse objeto de revisão. Mas as limitações materiais expressas se generalizou após a segunda guerra mundial, com reação aos modelos totalitários do nazismo e do fascismo, procurando elevar a dignidade da pessoa humana e outros princípios em face das maldades realizadas outrora. Todavia, a grande referência obtida pelo constituinte contemporâneo, no que tange ao cerne fixo, foi a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (Constituição Alemã). Continha em seu art.79.3, impossibilidade de mudança constitucional que afetasse a divisão da Federação em Estados, a proteção da dignidade do homem e o Estado social e democrático.

Destaque ainda para a Constituição da Grécia de 1975, que previa em seu núcleo intangível a forma de República parlamentar, a proteção da pessoa humana, a igualdade e a liberdade pessoal e de crença religiosa. Pode-se citar, também, a Constituição portuguesa, cujo texto prevê como cláusula pétrea a separação entre Igreja e Estado, além dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Malgrado os limites materiais tenham sido apreciados por muitos países, pode-se aduzir que as Constituições que aderiram às cláusulas pétreas foram minoria; um dado que comprova tal assertiva é elucidado pelo doutrinador Vega (1999, p.245-246) em que cita: “Em 1980, de 142 Constituições escritas no mundo, 38 faziam constar, expressamente, nos seus dispositivos, normas referentes aos limites materiais”.

Destarte, pode-se asseverar que a Constituição Brasileira de 1988 se aproximou das hipóteses elencadas na constituição Alemã de 1949, uma vez que aquela apregoa como núcleo intangível a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Observa-se que mudaram os contextos de cada período – Constituição alemã de 1949 e a Constituição brasileira de 1988 - mas a essência dos valores arraigados em cada qual se assemelha.

Desta feita, nota-se a necessidade de se estudar o caminho percorrido pelo cerne fixo, observando sua evolução no direito brasileiro.

No tocante à evolução do núcleo constitucional imodificável no Direito brasileiro, é importante notar que a Constituição de 1891 foi a primeira a conter dispositivos expressos ao poder de revisão, trazendo a lume, como limites materiais, a proteção especial à República, à Federação e à igualdade de representação dos Estados no Senado.

A Constituição de 1967, em seu art. 50, parágrafo 1º, bem como as Constituições de 1934, 1946 e 1969, previa apenas a Federação e a República; excluindo apenas a Carta de 1937, outorgada sob a égide de um estado totalitário e inspirado na constituição polonesa. Nota-se que a Constituição de 1988 inovou ao inserir o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais e a forma federativa de Estado, em seu artigo 60, § 4º. Contudo, o aludido artigo não menciona a forma republicana de governo como núcleo intangível, tendo sido, inclusive, objeto de plebiscito<sup>1</sup> a escolha da forma república ou monárquica de governo, consoante previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Ressalta-se a importância de uma hermenêutica sem o alargamento do sentido das cláusulas pétreas, pois, dessa forma, evitar-se-á o engessamento do texto constitucional e o sufocamento do espaço democrático conquistado. Suscita o ilustre ministro da Suprema Corte, Mendes (1994)<sup>2</sup>, sobre o assunto em tela:

---

<sup>1</sup> Instrumento de consulta prévia ao povo, antes de um ato legislativo ou administrativo, sobre matéria de grande relevância constitucional, cabendo ao povo, através do voto, aprovar ou denegar o que lhe foi submetido.

<sup>2</sup> Gilmar Ferreira Mendes, Plebiscito – EC 2/92, RTDP 7:105, 1994, p. 118. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/luis\\_roberto1.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/luis_roberto1.htm)>

“Não só a formulação ampla dessas cláusulas, mas também a possibilidade de que por meio de uma interpretação compreensiva, diferentes disposições constitucionais possam (ou devam) ser imantadas com a garantia da imutabilidade têm levado doutrina e jurisprudência a advertir contra o perigo de um congelamento do sistema constitucional, que, ao invés de contribuir para a continuidade da ordem constitucional, acabaria por antecipar sua ruptura”.

Na mesma esteira, disserta Sarlet (2004, p. 389):

“A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas “cláusulas pétreas” assume, desde logo, uma dúplici função, já que protegem os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção esta que, todavia, assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios neles contidos.”

No que tange as limitações materiais explícitas, a atual Constituição não previu a forma republicana de forma expressa, não o fez porque a Carta Magna previu um plebiscito, como assim já fora dito anteriormente, para o povo decidir sobre a forma de governo: República ou Monarquia constitucional.

Nesta perspectiva, preceitua o art. 34, VII, “a”, que a União intervirá nos Estados e Municípios para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- 1) forma republicana;
- 2) sistema representativo; e
- 3) regime democrático.

Resta evidenciar que a proteção dada às cláusulas pétreas não atribui um caráter de superioridade jurídica, uma vez que, estas, procuram preservar a essência de valores consagrados pelo poder constituinte originário, servindo apenas como limitadores do poder constituinte derivado ao emendar a Constituição vigente. Portanto, não se pode falar em hierarquização das cláusulas pétreas perante os outros princípios constantes no texto constitucional.

No sentido de elucidar a questão acerca do cerne fixo, é imprescindível a análise minuciosa de suas espécies, quais sejam, forma federativa de Estado, o voto direito, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantia individuais.

## **1.4 Espécies de Cláusulas Pétreas**

### **1.4.1 Forma Federativa de Estado**

Consoante preceitua o art. 1º da Constituição, o Brasil é uma República Federativa, logo, a forma de Estado adotada pelo país é a federação, ou seja, união de dois ou mais Estados para formarem um novo; as unidades conservam sua autonomia política e a soberania é exercida pelo Estado Federal. Constituem características do Estado Federal: a repartição de competências entre os entes federados - possuindo cada ente da federação o poder de auto-organização, legislativa e tributária; a autonomia de cada Estado, delineada pela Constituição e a participação na formação da vontade do ente, que se dá pela composição nas duas casas do poder legislativo.

Neste contexto, os Estados possuem auto-organização, autogoverno e autoadministração, tendo poderes para tanto; contudo, tais poderes não são outorgados se forem expressamente ou implicitamente reservados à União ou forem vedados pela Constituição.

Portanto, para que a cláusula de intangibilidade seja afetada, mister se faz a criação de emenda que viole as características essenciais do Estado Federal; caso haja a privação de autonomia de um ente federado ou impedi-lo de compor o sistema bicameral do Poder Legislativo, uma vez que, a participação na formação da vontade do ente é válida, a emenda será inconstitucional e estará eivada de nulidade.

### **1.4.2 O Voto Direto, Secreto, Universal e Periódico**

As cláusulas pétreas asseguram a imodificabilidade do voto direto, considerado o símbolo do regime democrático de direito, portanto, as eleições indiretas não são permitidas. No que tange ao voto secreto, tal garantia não pode ser alterada, nem tampouco retirada por meio de emenda, pois assim como o voto direto, o secreto também constitui elemento fundamental do sistema democrático adotado pelo direito pátrio.

A questão universal insere a possibilidade de participar da votação os analfabetos, maiores de setenta e dos menores entre 16 e 18 anos, tal faculdade encontra-se prevista no art. 14, §1º, II, e não poderá ser objeto de proposta de emenda, uma vez que, a universalidade do voto foi imposta pelo poder constituinte originário.

Quanto à periodicidade, trata-se do ideal democrático - controle popular e a alternância do poder - devendo os eleitos permanecer nos cargos incumbidos, pelos períodos estabelecidos na lei e não poderá em hipótese alguma, por meio de emenda, burlar o sistema criado pelo constituinte originário.

É importante destacar que o voto obrigatório é uma norma constitucional, prevista no art. 14, §1º, I, da CF, cujo capítulo refere-se aos direitos políticos, todavia, a obrigatoriedade do voto não está inserida no rol das cláusulas pétreas.

### **1.4.3 A Separação dos Poderes**

Preconiza a Carta Magna de 1988, em seu art. 2º, a harmonia e independência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Além da independência e harmonia obtida pelos Poderes, outorgada pelo constituinte originário, tem-se a indelegabilidade das atribuições, pois um órgão não poderá exercer atribuições de outro, salvo se houver expressa previsão constitucional.

Vale ressaltar a existência de divisão de funções entre vários órgãos e controles recíprocos. Cada Poder possui competências privativas e sua independência demanda a presença dos seguintes requisitos: uma pessoa não poderá ser membro de dois poderes ao mesmo tempo; cada Poder possui funções típicas (ou privativas) e atípicas (ou típicas dos outros órgãos); e um Poder não pode destituir os integrantes de outro, por força de decisão política.

Concernente a independência e a divisão de funções estabelecidas a cada Poder, assevera-se que estas não são absolutas, pois há um sistema de freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes, cuja função é equilibrar os bens na coletividade e evitar o desmando de um Poder em face do outro, para que não haja concentração de poder, em especial dos governantes, estando estes, limitados às suas atribuições.

Vale lembrar que a CF/88 erigiu à categoria do núcleo imodificável, a separação dos Poderes. Somente haverá violação a esse princípio, se o seu núcleo de sentido tiver sido afetado, ou seja, quando houver concentração de função em um Poder, elucidado pelo STF como uma “instância hegemônica de poder”, ou se a inovação retirar/reduzir as competências típicas de determinado Poder. Portanto, atribuir competências de um órgão a outro, sem previsão legal, importará tendência a abolir o núcleo imodificável, instaurado pelo constituinte originário. (BARROSO, 2009, p. 174)

#### 1.4.4 Os Direitos e Garantias Individuais

No que tange aos direitos e garantias individuais, constantes no rol das cláusulas pétreas, pode-se afirmar a inadmissibilidade de supressão desses direitos; todavia, é possível a ampliação dos princípios constantes no cerne fixo, pelo constituinte derivado reformador.

O doutrinador Silva (2006, p. 412), aduz que “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos”. Diante desse exposto, assevera-se que a garantia pressupõe um direito conferido pela norma.

Importa destacar que tais direitos e garantias individuais, previstos como cláusula pétrea, não são apenas aqueles constantes no art. 5º da Lei Maior, mas também, os dispositivos elencados em inúmeros incisos dispersos na Constituição, englobando não apenas os direitos individuais como também os fundamentais, dotados estes de certa fundamentalidade material, “i.e”, aqueles direitos que tutelam valores que gozam de proteção especial, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Os exemplos constantes na Carta Magna estão relacionados aos direitos políticos, proibindo a alteração do processo político um ano antes do pleito (art. 16), ou o direito difuso, ligado à preservação da vida (art. 225), ou ainda, o direito social à educação gratuita (art. 208, I).

Neste diapasão, há correntes doutrinárias que veem os direitos sociais como cláusulas pétreas, aduzindo que o constituinte originário disse menos do que queria dizer, cabendo aos exegetas fazerem uma interpretação extensiva. (MENDES E COELHO, 2008, p. 259).

Outra vertente doutrinária aduz que os direitos e garantias individuais devem ser interpretados na sua literalidade, não possibilitando uma compreensão ampliativa. (BARROSO, 2009, p. 178).

Referente aos direitos sociais, apregoa a doutrina contemporânea, que para serem incluídos no núcleo intangível, é imprescindível que tal direito seja dotado de um “mínimo existencial”, ou seja, um conjunto de condições essenciais para compor a dignidade humana. Um exemplo ilustrado pela autora Barcellos (2002, p. 305), envolve a inclusão dos direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.

Frisa-se a possibilidade de ampliação de direitos fundamentais, realizados pelo poder constituinte reformador, sem, contudo, criar novos direitos, uma vez que, caberá somente ao constituinte de primeiro grau exercer essa função.

A última questão a ser colocada, diz respeito ao direito adquirido, cujo direito, constante no art.5º, goza do status de cláusula pétrea. Conquanto, mister se faz uma interpretação pautada na razoabilidade, preservando apenas seu núcleo essencial, frisando a ideia de impossibilidade do poder reformador criar emenda que vise ferir situações já consolidadas. Assim, pode-se dizer que há intangibilidade do direito adquirido.

A Carta Magna consagra em seu artigo 5º, XXXVI que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Destarte, nota-se que o direito adquirido no Brasil possui “status” constitucional, gozando de proteção tanto em face do legislador ordinário quanto ao reformador, diferentemente da maioria dos países.

Convém destacar que o entendimento da doutrina é uníssono no tocante à inalterabilidade de um direito adquirido, pois caso haja a ocorrência de tal alteração, a lei estará em desacordo com a Constituição, sendo inválida nesse particular. A controvérsia, no entanto, reside em saber se o constituinte reformador (emenda constitucional) é legitimado para desprezar direitos adquiridos antes dela.

Há entendimentos que prezam pela não retirada de direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do titular (direito adquirido), não podendo ser retirada sua peculiar natureza diante de um caso concreto. Outras correntes sustentam a possibilidade de reforma pelo Poder Constituinte de 2º grau de um direito adquirido.

Insta ressaltar que a primeira posição defendida por alguns doutrinadores reside na restrição imposta ao legislador infraconstitucional, para que este não viole a garantia de um direito que já passou a fazer parte do patrimônio do titular. Assim, para essa vertente, uma emenda não poderia permitir que lei ordinária retroagisse, violando um direito adquirido, mas nada impediria que a própria emenda fizesse.

Contrários a esse entendimento, são os adeptos que defendem a segunda posição. Afirmam que o poder revisor não pode suprimir, nem tampouco menosprezar direitos adquiridos, garantidos no texto constitucional. Aduz ainda ser impossível fazer uma interpretação literal da palavra lei mencionada no art. 5º, inciso XXXVI, da CF, posto que esta abrange todos os instrumentos normativos, dentre eles a emenda à Constituição.

Em posição particular, Barroso (2009, p. 187) traz a necessidade de utilização de uma hermenêutica que vise proteger apenas o núcleo essencial da cláusula do direito

adquirido, manifestando sua insatisfação aos adeptos que afirmavam não estarem protegidos do poder reformador as questões afetas ao direito adquirido.

Atesta ainda o autor retromencionado, a razoabilidade da cláusula em tela, que deve ser interpretada preservando apenas seu núcleo essencial, posto que não se pode permitir a petrificação de determinada circunstância em decorrência da mutabilidade do Direito, que visa atender às demandas sociais e à nova realidade. Salienta, ainda, que a regra inserida no art.5º, XXXVI, dirige-se inicialmente ao legislador e reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos, além do constituinte derivado. Por fim, acrescenta que a não-retroação caracteriza direito individual, sendo essa cláusula intangível ao poder de reforma.

Na mesma esteira leciona Silva (2000, p. 233), afirmando ser impossível emendar um direito adquirido, pois este faz parte dos direitos e garantias individuais, que por sua vez, se encontram no rol das cláusulas pétreas. Ainda o autor, preleciona o seguinte:

A reforma ou emenda constitucional não pode ofender direito adquirido, pois está sujeita a limitações, especialmente limitações materiais expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estes está o direito adquirido. **(IBID)**

Para completar o entendimento acima Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 261) expõe que a proteção ao direito adquirido busca dar eficácia ao princípio insculpido no art. 5º, “caput”, da Constituição, qual seja segurança jurídica – impedindo, desta feita, que uma emenda tenha o poder de violar situações consolidadas antes dela. Há precedente jurisprudencial nesse sentido, decidindo o STF pela intangibilidade do direito adquirido, não podendo ser atingido por emenda. No MS 24.875/DF, cujo relator era o Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu a Corte que seus aposentados - que recebiam quantia superior ao teto salarial extraído da emenda n.41/2003 - faziam jus a continuar recebendo o montante, mesmo se este fosse superior ao teto, posto tratar-se de um direito já incorporado ao patrimônio do titular, contudo, não seria devido quando a norma prever outro subsídio posterior de maior valor.

Conclui-se que o direito adquirido faz parte do rol das cláusulas pétreas, notadamente nos direitos e garantias individuais, posto que direito adquirido não pode ser tolhido, pertence ao patrimônio jurídico do titular, assim defendido por certos doutrinadores e sufragado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, a questão que se impõe é: estariam os direitos sociais sendo abarcados, por meio de uma interpretação extensiva, no rol das cláusulas pétreas, e, por sua vez, fazendo parte do núcleo protetor do Constituinte originário? Para responder a indagação

supracitada, mister se faz a análise da evolução histórica e discussão acerca dos direitos sociais, o qual será objeto de estudo no tópico a seguir.

## **1.5 Evolução Histórica e Discussão Acerca dos Direitos Sociais**

Traçando uma linha do tempo no direito brasileiro, nota-se uma gradual inserção de direitos sociais nas constituições, mormente os de natureza trabalhista. Em 1930, Getúlio Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, editando decretos trabalhistas e iniciando o processo de constitucionalismo social, inspirado na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de Weimar de 1919. Estas constituições visavam promover o bem-estar da sociedade através da intervenção do Estado, garantindo igualdade para todas as classes sociais (igualdade material).

Verificava-se a inserção de direitos sociais na Constituição de Weimar - Constituição também rígida, e não outorgada por um monarca - contudo, não foram estabelecidos até então os limites materiais ao poder reformador. Somente houve essa familiarização com o conceito de núcleo intangível após a II Guerra Mundial, como reação ao nazismo e fascismo.

A primeira constituição brasileira a prever direitos sociais fora a de 1934 – salário-mínimo, isonomia salarial, proteção do trabalho das mulheres e dos menores.

Em 1937, durante a fase intervencionista do Estado Novo - período corporativista - houve a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, consistente na reunião de diversos direitos trabalhistas existentes na época e que continuam em vigor até hoje. Em 1946, Getúlio Vargas rompe com o corporativismo e restaura o direito de greve; já em 1967 estabeleceu-se uma ditadura que perdurou até 1985, limitando vários direitos e liberdades individuais. Por fim, em 1988 foi inserido no título dos “Direitos e Garantias Fundamentais” o capítulo “Direitos Sociais”, resguardando os principais direitos e garantias dos trabalhadores. Argumentam alguns doutrinadores a impossibilidade de supressão de referidos direitos sociais por emenda constitucional, pois também se afiguram como cláusulas pétreas. Importante destacar que, para esses doutrinadores, nem mesmo por uma nova ordem – poder constituinte originário - poderiam ser suprimidos os direitos sociais, em face das teorias da “conquista das gerações” e do “direito adquirido social”.

Não se pode deixar de mencionar a importância da evolução histórica brasileira para alcançar o Estado Democrático de Direito vigente, que constitui um aprimoramento de

direitos sobre os quais o homem faz jus, superando os fracassos de seus antecessores (Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito).

Observar-se-á nas linhas abaixo, o quão importante é a inserção dos direitos sociais como cláusula intangível, posto que tais direitos foram incessantemente buscados ao longo da história brasileira.

O paradigma de Estado de Direito, surge no momento em que o próprio Poder se submete às leis por ele editadas; os indivíduos passam a gozar de proteção, passando a ser considerados, neste contexto histórico, como cidadãos e não mais súditos, como antes eram no modelo absolutista. Assim, compreende-se a lei como a vontade emanada do povo por meio do Poder Legislativo, vigorando, assim, um Estado de Direito, que se desenvolveu em três fases: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito. (RAMOS, 2010, p.15)

No primeiro modelo, não havia intervenção estatal nas relações humanas, notando-se a ascensão da classe burguesa e a exploração da classe trabalhadora; no segundo modelo, havia intervenção do Estado, o qual visava o bem-estar geral que garantisse o desenvolvimento pleno do indivíduo, alcançando, de fato, a almejada igualdade material; já o terceiro modelo, consiste num aprimoramento do Estado Liberal abstencionista e do Estado Social Intervencionista.

Depreende-se do adrede exposto que a Constituição de 1988 constitui uma carta política arraigada de caráter social, sofrendo forte impacto de interesses corporativos. Afigura-se, deste modo, um Estado menos liberal e mais social, possibilitando a liberdade de intervir em prol da sociedade; todavia, “submetido a regras superconstitucionais que asseguram a intangibilidade dos valores ético-constitucionais fundamentais”. (VIEIRA, 1999, p. 29).

Após a explanação da evolução dos direitos sociais no ordenamento brasileiro e seu importante desdobramento ao longo da história, verificar-se-á a possibilidade de sua inserção nos direitos e garantias individuais, por meio de uma interpretação extensiva, acarretando, por conseguinte, sua alocação no rol das cláusulas pétreas.

A indagação que se faz ao discutir os direitos e garantias individuais, elencados na Carta Magna como núcleo intangível, consiste em saber se o constituinte de primeiro grau elevou a essa categoria vários dispositivos inseridos no texto constitucional ou apenas aqueles descritos em seu artigo 5º. Estariam os direitos sociais sendo abarcados, por meio de uma interpretação extensiva, no rol das cláusulas pétreas, e, por sua vez, fazendo parte do núcleo protetor do Constituinte originário?

Pode-se aduzir que a doutrina não é unânime nesse assunto. De um lado, nega-se a inserção dos direitos sociais como cláusula pétrea, asseverando que o legislador fala tão-somente em direitos e garantias individuais e não em direitos e garantias fundamentais, dos quais esses são gêneros e aqueles espécies. Alega-se, também, que os direitos sociais têm por escopo a prestação de direitos e, portanto, estão flexíveis às mudanças históricas e não podem ser elencados como imutáveis.

No tocante à flexibilização dos direitos de índole trabalhista, aduz Ives Gandra da Silva Martins Filho (2000 apud MENDES, et al, 2009, p. 258): “na realidade, o que se assegura ao trabalhador é o direito a um salário justo e uma jornada de trabalho limitada, mas a quantificação desse direito é suscetível de adequação às circunstâncias de cada momento”. Observa-se que a posição do referido autor vai ao encontro das ideias apontadas acima.

De outro vértice, há aceção doutrinária que afirma que os direitos sociais é parte integrante dos direitos e garantias individuais, através de uma hermenêutica extensiva. Para essa vertente, um exemplo claro e preciso está inserido no artigo 1º da CF, no qual o legislador traz como princípio fundamental/ basilar do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana”.

Para tal corrente, a dignidade deve ser analisada de forma sistemática, isto é, no contexto de outras normas que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em redução das desigualdades sociais; indicando, desta feita, que os direitos fundamentais sociais participam da essência da Constituição e que, portanto, podem ser considerados cláusula intangível. Assim, o legislador disse menos do que queria dizer, houve uma lacuna no momento da formulação, devendo-se ler no artigo 60, parágrafo 4º, da CF, os direitos sociais ao lado dos direitos e garantias individuais.

Além dos incisos do artigo 5º da Constituição, também são considerados cláusulas pétreas, para os adeptos da corrente doutrinária acima, os artigos de 6º a 11 da CF. Também integra o núcleo intangível da Constituição a norma que prevê o ensino fundamental obrigatório e gratuito, “ex vi” do art. 208, I da CF; a não alteração das regras políticas a menos de um ano do pleito, consoante art.16 da CF; e o direito difuso de acesso à água potável ou ao ar respirável, a teor do art. 225 da Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal, no que concerne ao elenco de direitos esparsos no texto constitucional, e se estes podem ser considerados como cláusulas pétreas, decidiu em julgamento histórico (ADI nº 939/DF), pela inconstitucionalidade de dispositivo de emenda que atendeu a todos os requisitos de procedibilidade para reformar a Constituição.

Ocorrida a sessão em março de 1994, a maioria dos Ministros entendeu que a emenda violava cláusulas pétreas, devendo, assim, ser suprimida. Nessa ADI, da relatoria do Ministro Sydney Sanches, pode-se depreender do voto do Ministro Carlos Mário Velloso, que as garantias elencadas no art.150 da CF são imodificáveis e estão em consonância com o art. 60, § 4º, inciso IV, do mesmo dispositivo legal, não podendo ser objeto de emenda pelo Poder reformador.

A posição adotada, em particular, pelo Ministro Gilmar Mendes (1997 *apud* BARROSO, 2009, p. 178), está voltada para uma interpretação um tanto quanto limitada, ou seja, não insere os direitos sociais no rol de cláusulas pétreas, pois assevera que os direitos e garantias individuais a que se refere o texto constitucional são aqueles elencados no art. 5º CF, e que parte dos incisos elencados nesse artigo não consagra qualquer direito ou garantia, a exemplo do inciso XLIII, que apregoa os crimes inafiançáveis de tortura e tráfico ilícito de entorpecentes, bem como os hediondos.

Em posição dissidente, encontra-se o autor Sarlet (2005, p. 311), o qual afirma que a proteção insculpida pelo Constituinte Originário de um núcleo intangível deve abranger todos os direitos fundamentais, sejam eles formais (assim tratados pelo constituinte ao inseri-los no texto) e os materiais (os que realmente tutelam valores que gozam de proteção especial), não apenas os individuais.

Na mesma linha de raciocínio está o constitucionalista Barroso (2009, p. 178), atestando o princípio da dignidade da pessoa humana como parte integrante da identidade política, ética e jurídica da Constituição. Infere-se, a partir de seu posicionamento, a proteção máxima que deve gozar o princípio citado alhures, extraíndo o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana sobre o qual irradiam todos direitos fundamentais. Em razão disso, não pode ser objeto de emenda, nem ser corrompido diante de certo momento e apelo histórico. Portanto, o referido princípio é uma limitação material implícita ao poder de reforma, do qual se irradiam todos os direitos fundamentais.

De modo mais enfático, o princípio em comento pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as gerações, consagradas pela Constituição brasileira. Na primeira geração, têm-se os direitos individuais e políticos, aqueles estão vinculados à proteção das pessoas em face do poder estatal, estes expressam os direitos de votar e ser votado, concretizando o direito político e a nacionalidade. Na segunda geração, alocam-se os direitos sociais, econômicos e culturais, incluindo os direitos trabalhistas, que corresponde a uma prestação positiva do Estado, assegurando educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração, encontram-se os direitos coletivos e difusos, abarcando o

direito ao meio ambiente utilizando-o de forma equilibrada, além do direito do consumidor. A quarta geração, diz respeito à democracia e ao desenvolvimento.

O doutrinador Bonavides (1998, p. 593), no tocante à divisão desses direitos fundamentais, diverge em alguns pontos. Afirma que, embora haja o acolhimento da ideia de uma interpretação extensiva, com o intuito de evitar reformas capazes de extrair o núcleo social - democrático da Constituição, as gerações destes direitos, estão divididas de forma errada, posto que o art. 60, § 4º, da Carta Magna protege tanto os direitos de caráter individual quanto social.

A doutrina moderna entende que várias categorias de direitos constitucionais estão abarcadas pelo cerne fixo, não apenas os direitos individuais; a exigência que se faz consiste na aferição da essencialidade do direito, devendo ter como análise precípua, a condição de um mínimo existencial, isto é, um conjunto mínimo de condições materiais essenciais para que uma pessoa possa viver com dignidade, pois caso alguém viva abaixo desse patamar mínimo, estará sendo desrespeitada a ordem constitucional.

Para corroborar a assertiva acima, transcrevo os dizeres de Barcellos (2002, p. 305):

Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. [...] Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá influir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça.

A ilação que se faz é de que os direitos sociais, quando imbuídos de um mínimo existencial, indispensáveis para a vida e liberdade do homem estarão protegidos pelo cerne fixo. Não é possível, portanto, realizar uma interpretação restritiva da norma, excluindo os direitos sociais do rol das cláusulas pétreas, posto que iria desvirtuar o escopo do Constituinte originário, qual seja, preservar o espírito da Constituição ou se preferir, sua identidade original.

Desta feita, um direito social garantido pelo Constituinte Originário, como por exemplo, educação básica, direito difuso à água potável ou ao ar respirável, incorpora-se ao patrimônio jurídico do cidadão, tornando-se um direito adquirido e, portanto, insuscetível de ser atingido por emenda constitucional.

## **CAPÍTULO 2 - A INTELECÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS CLÁUSULAS PÉTREAS**

O capítulo em tela explicita a hermenêutica da Suprema Corte sobre o cerne fixo da Constituição. Traz a análise de julgamentos proferidos pelo Pretório Excelso, procurando extrair o entendimento da Corte para que ao final do trabalho, o leitor possa fazer seu juízo de valor no tocante ao núcleo constitucional intangível.

Realiza-se, num segundo momento, uma análise jurisprudencial perfunctória das cortes: americana, alemã e brasileira sobre as cláusulas pétreas, para que ao final possa traçar um quadro comparativo entre as cortes mencionadas.

Será analisado também o tratado internacional de direitos humanos – Pacto São José da Costa Rica – bem como a exegese da Suprema Corte brasileira sobre o referido tratado internacional que amplia um direito e garantia individual constante nele, qual seja a vedação da prisão civil do depositário infiel, defendida na presente pesquisa como verdadeira cláusula pétrea, imune a toda e qualquer supressão e redução pelo poder constituinte derivado reformador.

### **2.1 Análise de julgados proferidos pelo Pretório Excelso**

A Corte Constitucional proferiu uma gama de julgados relacionados às cláusulas pétreas, dentre eles, foram selecionados alguns, dos quais serão objeto de análise e, por conseguinte, vislumbrará a intelecção da Corte Máxima. Desta feita, o leitor poderá fazer sua própria aferição sobre os casos em discussão.

O primeiro julgamento que será objeto de compreensão traz a lume a forma federativa de Estado. A EC 20/98 alterou o regime previdenciário de contribuição dos servidores estaduais exclusivamente de cargos em comissão ou de outro cargo temporário ou de emprego público, compelindo a se submeterem ao regime geral da previdência social. A ADIn 2.024/DF, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence, aduz em seu voto:

À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988 – o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a *aboli-lo*, nem sequer a *afetá-lo*. [...] Mas, o tema é previdenciário e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta da lei federal. (DISTRITO FEDERAL, 2007)

Diante do assunto retromencionado, verifica-se que o STF não considerou que houvesse violação ao princípio da autonomia dos Estados, no caso da emenda que alterou alguns pontos do regime previdenciário de servidores públicos estaduais.

Outro julgado baseado no mesmo fundamento da violação da autonomia estatal, declarou a inconstitucionalidade de emenda que submeteu os Estados e Municípios ao pagamento obrigatório de um tributo federal. A Emenda constitucional n. 3/93 instituiu o imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, (IMPF), prevendo sua cobrança para o Distrito federal, Municípios e Estados. Posto isso, a ADIn 939-7/DF, relatada pelo ministro Sydney Sanches, proferiu decisão reconhecendo que a previsão constante na emenda supracitada feria a essência do Estado federativo, qual seja a imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público.

Concernente a intangibilidade da Separação dos Poderes, o STF, ao proferir decisão de MS 23.452/RJ, afirma que apenas haverá violação à cláusula pétreia da Separação dos Poderes se houver uma “instância hegemônica de poder”, ou seja, se houver concentração de poder em um dos órgãos, seja ele, legislativo, executivo ou judiciário. Aduz o ministro Celso de Mello, relator da Corte:

“O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.” (RIO DE JANEIRO, 1999)

Na mesma linha de raciocínio, o STF em inúmeros julgamentos, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos constantes nas Constituições estaduais que violavam o princípio da Separação dos Poderes. Foi proferida a decisão da ADInMC 111/BA, cujo relator era o ministro Carlos Madeira, no sentido da violação ao princípio em comento, pois havia uma norma da Constituição Estadual que previa a convocação do Governador do Estado pela Assembléia Legislativa, para o fim de prestar informações diretamente, sob pena de crime de responsabilidade.

O último julgado relacionado ao princípio da Separação dos Poderes, diz respeito, notadamente, a ação arguida em face da reforma do judiciário (EC n. 45/2004), na parte em que instaurou o Conselho Nacional de Justiça. A ADIn 3.367/DF, tem como relator o ministro Cezar Peluso, que proferiu o seguinte argumento em seu voto:

Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê *a priori* como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional n. 45/2004,

trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (art 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros. (DISTRITO FEDERAL, 2005)

Dessarte, o Pretório Excelso entendeu inexistir a ingerência de um poder em outro, não havendo, portanto, violação ao princípio; porquanto o CNJ, integrante da estrutura do Poder Judiciário é composto por um número mínimo de membros fora do judiciário e não afastados da estrutura interna dos outros Poderes.

No tocante ao cerne fixo dos direitos e garantias individuais, a Suprema Corte, na ADI 939 de 18-3-1994, anunciou que no âmbito tributário, o princípio da anterioridade constitui cláusula pétrea, pois tal princípio constitui garantia individual do contribuinte. Na mesma esteira, aduz a ministra Ellen Gracie, na ADI 3.685/DF, em que considerou o princípio da anterioridade eleitoral do art. 16 da Carta Maior, um preceito imodificável, pertencente ao núcleo intangível e constituidor de garantia individual do cidadão-eleitor. A relatora do processo julgou procedente para dar interpretação conforme o dispositivo trazido no art. 1º da EC 52/06, somente havendo aplicação deste, após um ano da data de sua vigência. (DISTRITO FEDERAL, 2006)

O STF em julgamento de ADIn em face da EC n. 41/03, a qual inseriu nova reforma previdenciária, abordou a questão da oneração ou redução de benefícios que já estavam sendo fruídos. Salienta-se que a previdência social visa assegurar em sua essência, uma vida digna na aposentadoria, e afigura-se como um direito social fundamental. Dessarte, o STF entendeu violar o princípio da isonomia, o tratamento diferenciado aos servidores da União, de um lado, e dos Estados e Municípios de outro; todavia, considerou válida a criação de tributo (contribuição previdenciária), sobre os proventos dos inativos que ultrapassavam determinado valor.

Como já explicitado no decorrer do texto, sobre o ensino fundamental gratuito e obrigatório, previsto na Constituição, em seu art. 208, §1º, sendo uma exigência social e, portanto, uma cláusula pétrea, cumpre destacar que o STF não proferiu julgamento específico sobre o assunto, consoante dizeres dos autores Mendes e Branco (2012, p. 146).

No que tange ao direito ao voto secreto, universal e periódico, resta salientar que o STF não foi ainda incitado a se manifestar sobre o assunto.

Por derradeiro, é importante destacar o julgado - MS 24.875/DF, realizado pela Corte, cujo relator era o ministro Sepúlveda Pertence; compreendeu-se que os membros aposentados da Corte, que recebiam salários superiores ao teto salarial extraído da emenda n.

41/03, era devido; desta feita, podiam continuar recebendo o valor que superava o teto, até que esse valor viesse a ser absorvido por subsídio de maior valor, aplicado posteriormente. Logo, não era possível retroagir um direito adquirido (art. 5º, XXXVI), formulado pelo constituinte originário. (DISTRITO FEDERAL, 2006)

A partir de então, analisa-se julgados exarados pelas cortes americana, alemã e brasileira, sob a ótica do doutrinador Vieira (1999, p. 141), no intuito de compará-las e extrair algum ponto em comum, se existente.

## **2.2 Julgamentos Proferidos pelas Cortes Americana, Alemã e Brasileira**

O presente tópico traz a lume julgados das cortes americana, alemã e brasileira com o intuito de demonstrar casos relevantes que passaram pelo crivo da Suprema Corte destes países, desvendando a questão das cláusulas pétreas e a possível existência de semelhanças em seus julgados.

Impende destacar, desde já, que os julgados foram extraídos da obra de Vieira (1999, p. 141-183) e analisados sob o viés do respectivo autor.

É importante anotar que a constituição norte-americana inovou ao apresentar dispositivos em seu texto que não podiam ser modificados. É, pois, considerada a mais rígida das Constituições contemporâneas, segundo Vieira (1999, p. 141). A guisa de exemplo, tem-se a proteção à escravidão, que protegia a importação de mão - de - obra escrava e sua tributação, mas referida garantia só gozou dessa proteção por alguns anos posteriores (21 anos). E também a proteção contra emendas que tendam interferir no poder de representação do Estado no Senado; contudo, não constitui uma cláusula constitucional super-rígida, uma vez que o referido Estado prejudicado pode diminuir seu poder de representação no senado ou até mesmo excluí-lo.

Traz-se à análise perfunctória do caso jurisprudencial americano: “National Prohibition Cases” – 253 US 350 (1919), que discutia a constitucionalidade da emenda XVIII, sendo, portanto, objeto de apreciação pela Suprema Corte Americana. A referida emenda deu início ao período da lei seca nos Estados Unidos, proibindo a fabricação, venda e transporte de bebidas que continham álcool. Sustentavam os autores da ação a violação da soberania dos Estados não contemplados com essa cláusula que regula as emendas, afirmando que a reforma da Constituição – instrumento federal - não pode alterar o conteúdo que consta das

constituições de todos os Estados ao emendar a Constituição, como assim fez a emenda XVIII.

Outro ponto de sustentação realizado pelos proponentes da ação concerne no fato de não ter sido adotado o procedimento correto para a adoção da emenda disposta no art. V da Constituição, sendo considerada inválida no que tange o desrespeito à formalidade constante.

É importante ressaltar o entendimento acolhido pela Suprema Corte que procedeu de forma inovadora ao declarar a emenda XVIII constitucional sem motivar sua decisão. Em suma, dentre os argumentos apresentados pela Corte, um deles afirma que a proibição prevista na emenda supracitada está dentro do poder reformador estabelecido no art. V da Constituição.

O segundo caso levado ao pronunciamento da Suprema Corte americana é o “Lesser vs. Garnett” – 258 US 130 (1921). Os referidos propositores da ação sustentam a destruição da autonomia do Estado, no momento que a emenda XIX ampliou o direito de voto às mulheres sem o consentimento deste (Estado). Traz essa emenda a seguinte redação: “Nenhum cidadão dos Estados Unidos poderá ser privado do direito do voto pela União ou por qualquer dos Estados, com fundamento no sexo”. Alegam que em vários julgados proferidos alhures por essa Corte, revelaram o sentido de autonomia do Estado como indestrutíveis. Afirmam, ainda, que o Estado é uma “comunidade política” e que, no momento em que uma emenda altera o modelo dessa comunidade (compreendida como eleitorado), cria um novo Estado.

No mais, aduz que a forma estabelecida para ratificação das emendas não era o descrito na Constituição Federal, mas o que consta em cada Constituição do Estado, como assim afirmavam os proponentes do caso anterior. A corte argumentou que a ratificação da emenda é submissa à Constituição Federal, indeferindo o argumento dos autores de que necessitava da autorização pelo povo de cada Estado para fazer valer a emenda XIX. É importante salientar que o Tribunal limitou-se ao pronunciamento tão somente das formalidades exigidas no art. V da Constituição para poder emendar. Logo, deverá ser observado o cumprimento deste dispositivo constante na Carta Magna para que se efetue a emenda, esquivando-se o tribunal do controle ao poder de reforma atribuído aos órgãos políticos.

A partir de então serão analisados dois casos envolvendo a constitucionalidade das emendas em face da Lei Fundamental Alemã.

Urge destacar os princípios que gozam de proteção especial no texto constitucional alemão, quais sejam: dignidade humana- art. 1º da Lei Fundamental, a democracia, separação

de poderes – art. 20º do mesmo diploma legal e a própria Federação - art. 79. Constatou-se, que a proteção oferecida no texto alemão ao poder de emenda não envolve apenas poderes procedimentais, como assim é observado na Constituição americana. Diferentemente desta, a Lei Fundamental não permite qualquer alteração que afete os princípios já elencados anteriormente.

O caso sob análise refere-se ao seguinte julgamento: “Privacidade de Comunicação” – “BverfGE” 1 (1970), considerando uma emenda ao art. 10 da Lei Fundamental, atribuindo, por meio de lei, poderes ao Parlamento para que pudesse vigiar as comunicações de pessoas para detectar atos de espionagem, sem que estas soubessem que estavam sendo vigiadas. Ressalta-se que a emenda transfere o poder de controlar as ações dos órgãos que supervisionam as comunicações para a esfera administrativa, retirando tal poder que pertencia ao judiciário.

Sustentam os propositores da ação a inconstitucionalidade da emenda, pois há dispositivos na Lei Fundamental que estão sendo violados como: os princípios da dignidade humana, separação de poderes e democracia, uma vez que tal emenda permite a não informação à pessoa de que está sendo fiscalizada por meio de suas comunicações, além de atribuir o poder de supervisão a órgão parcial, uma vez que são estabelecidos tais órgãos pelo Parlamento. Nota-se que não há incompatibilidade com os princípios insculpidos na Lei Maior alemã. O Tribunal, por sua vez, entendeu que a proteção da integridade da República Federal e do sistema democrático, se baseados na lei, eram admissíveis. Aduz ainda que somente recebe proteção do art. 20º a submissão da legislação à Constituição e a submissão dos Poderes ao Direito. Garantias como o direito de recurso ao Judiciário não está abarcada no artigo acima citado.

No tocante à dignidade humana, diz o Tribunal que não houve violação pelo fato do cidadão não ter conhecimento de que está sendo observado em suas comunicações, é senão “um ônus imposto a um cidadão [...], para proteger a existência de seu Estado e da ordem livre e democrática [...]”. (VIEIRA, 1999, p. 151).

Insta mencionar o voto contrário de dois juízes, que pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal foi publicado. Sustentam, que a proteção legal do recurso ao judiciário deveria ser observado, uma vez que este é um órgão imparcial, independente. A transferir o recurso para a esfera administrativa, pode-se dizer que a proteção dada pela norma foi substituída em sua integralidade, sendo assim, os direitos e liberdades perdem seu verdadeiro sentido de proteção. Alegam, ainda que “é contraditório abandonar princípios constitucionais inalienáveis para proteger a Constituição”. (VIEIRA, op.cit, p. 152).

O entendimento do Tribunal alemão, pertinente ao art. 79 (3) da Lei Fundamental, está voltado para o sentido de restringir o controle pelos tribunais, somente quando uma emenda interferir no regime de liberdade da própria constituição e na sua ordem é que a figura do judiciário será colocada. Portanto, o disposto no art. 79 da lei supracitada protege qualquer alteração que afeta a integridade dos valores contidos nos art. 1º e 20º do mesmo diploma legal.

O segundo julgamento analisado pela Corte alemã é: “O Tratado da União Europeia” – “BverfGE” (1993) que analisa uma emenda à lei fundamental (art. 23) que autoriza a Federação a transferir poderes soberanos à União Europeia e a alteração do art.88 da Lei Fundamental que repassa a competência para o Banco Central europeu, cuja competência era, inicialmente, do Banco Central alemão. Sustenta os autores da ação a incompatibilidade dessa transferência de um poder soberano para uma instituição sem legitimação popular com o disposto na Lei Fundamental (VIEIRA, 1999, p. 157), podendo afirmar que houve violação do princípio democrático protegido pelo art. 79 (3), que em sua redação diz que não é autorizada qualquer mudança que afete a divisão da Federação, bem como a dignidade humana. O tribunal não aceitou essa tese, afirmando que a União Européia deriva seu poder dos Estados que a formam.

No que atine à validade da emenda que altera o art. 88, o tribunal se pronunciou no sentido da possibilidade da transferência desses poderes, sem manifestação de vontade popular, pois atendia aos requisitos que permitiam alterar o processo da democracia, como previsto na Lei Maior. Desta feita, a Corte alemã aplicou uma hermenêutica restrita às limitações do art. 79 (3), não compreendendo que esta tenha abdicado do seu poder. Não se pode deixar de mencionar que o tribunal poderá suspender a validade da emenda em comento, caso entenda que essas restrições tenham ofendido o núcleo imodificável da Constituição. De fato, depreende-se dos julgados alemães que a Corte não evidencia até que ponto o poder de reforma pode limitar direitos ou princípios.

Em epítome, depreende-se dos julgados analisados alhures a proteção à Federação e aos direitos fundamentais, considerados pelas cortes em comento valores supremos. Nota-se, assim, a preocupação diante de cada caso em proteger o núcleo essencial dos princípios que norteiam as cláusulas pétreas.

### **2.3 Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica**

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, foi produzida numa conferência interamericana de direitos humanos, em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor em 18 de julho de 1978.

Vislumbra-se, em linhas gerais, o comprometimento entre os países signatários de atender aos direitos e liberdades assegurados na referida convenção, além de garantir o exercício dos mesmos, aplicando assim, a isonomia a todos que estiverem sujeitos à sua jurisdição.

Ressalta-se a proteção a diversos direitos, dentre eles, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal e garantias judiciais, direito à proteção da honra e da dignidade, à liberdade religiosa e de consciência, à liberdade de pensamento e de expressão, direito de livre associação, direitos políticos e outros.

É importante destacar que o Brasil aderiu à referida convenção sobre direitos humanos em 25 de setembro de 1992, por meio do decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, atendendo a todos os trâmites legais para sua incorporação no direito positivo interno, qual seja:

- 1) celebração do tratado internacional (negociação, conclusão e assinatura);
- 2) aprovação (ratificação);
- 3) troca ou depósito do instrumento de ratificação (ou adesão); e por fim,
- 4) promulgação por decreto presidencial e posterior publicação do texto em português no Diário Oficial.

Interessante se faz mencionar que os princípios que norteiam a Convenção Americana de Direitos humanos nada mais fizeram que reforçar aqueles já proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, reafirmando a liberdade pessoal e justiça social, pautado nos direitos essenciais/intrínsecos do homem.

A questão a ser desvendada refere-se à liberdade pessoal do indivíduo, constante no Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece em seu art. 7º, n. 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Diante desse postulado,

pode-se afirmar que houve uma ampliação de um direito fundamental individual, especificadamente, o direito à liberdade.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos apregoa em seu artigo 11 que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Logo, nota-se a consonância com a regra constitucional do art. 5º, LXVII, a qual veda a possibilidade de prisão civil.

A partir de então, necessário se faz averiguar a exegese do Pretório Excelso, a fim de que possa elucidar o caso da norma internacional que ampliou um direito fundamental individual ser ou não considerada uma cláusula pétrea.

## **2.4 Exegese do Supremo Tribunal Federal sobre o Tratado Interamericano de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica e as Regras Domésticas.**

No intuito de explicitar o entendimento perfilhado pelos ministros da Corte Máxima no histórico julgamento do RE. 466.343, cuja discussão central gira em torno do conflito entre Constituição e norma internacional, a inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel, exigindo interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º da CF, à luz do art. 7º, p.7, da Convenção Americana de direitos humanos - Pacto São José da Costa Rica - demonstrar-se-á nas linhas a seguir, a inteligência de alguns ministros que contribuirão para o desenvolvimento da pesquisa e elucidação da figura da cláusula pétrea presente no referido tratado internacional.

Observar-se-á, portanto, a problemática entre o tratado internacional de direito humano e a norma interna, no caso de conflito de normas sobre a prisão civil do depositário infiel, qual deve preponderar, há relação de hierarquia de norma ou prevalecerá a norma mais favorável ao homem?

É sobretudo importante assinalar a observação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa em seu brilhante voto, que atribuiu prevalência à norma mais favorável ao indivíduo na hipótese de conflito entre tratados internacionais e regras domésticas, uma vez que se trata de liberdade individual, norma fundamental de todo ser humano.

Na mesma esteira, leciona o doutrinador Gomes (2008), no momento que afirma que a solução não pode ser buscada na hierarquia da norma, mas no princípio “pro homine”, no sentido de preponderar a norma mais favorável ao homem, que dependerá tão somente do seu conteúdo, e não da hierarquização da lei.

A Constituição brasileira traz como regra a vedação da prisão civil por dívida, contendo como exceção em seu texto de somente duas possibilidades, quais sejam, para o devedor de alimentos e para o depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF). Conquanto, a fonte internacional de direitos humanos, traz como exclusiva permissão de prisão civil apenas na hipótese do devedor de alimentos, ampliando assim o direito à liberdade individual. Desta feita, no caso de conflito entre norma internacional de direitos humanos e norma interna, aquela guarda prevalência hierárquica em face das regras gerais da legislação comum brasileira, como assim afirma o ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343-1.

A posição do Ministro Gilmar Mendes, cuja tese fora vencedora no julgamento em comento, atribuiu caráter supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos – alocando-os abaixo da constituição, mas acima das leis ordinárias - ocupando posição intermediária no ordenamento jurídico; respeitando, assim, o princípio da supremacia da Constituição. Assevera, ainda, que, caso tenha o tratado internacional de direito humano, força normativa constitucional, ocorreria o risco de se produzir uma atomização de normas constitucionais, pois passaria a ter as normas internacionais um parâmetro de controle, gerando, desse modo, um quadro de insegurança jurídica. Assegura, também, o ministro na confirmação de seu voto, que o bloco de constitucionalidade não é afetado pelo não reconhecimento expresso da hierarquia constitucional.

Nessa toada, enfatiza o referido ministro a valoração que se deve dar aos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação às normas infraconstitucionais que com eles sejam conflitantes, devendo prevalecer aqueles em detrimento desta, posto ser preponderantemente superior à norma comum com ele colidente.

Para corroborar o entendimento explanado alhures, tem-se a seguir conforme julgamento exarado pela corte a posição do Ministro Celso de Melo em seu voto (2008, p. 22-24):

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre os direitos na ordem jurídica nacional.

Era necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

Como enfatiza Cançado Trindade, “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores no qual o ser humano passa a ocupar posição central”.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internacionalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de

ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o decreto-lei n.911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do novo código Civil (lei n. 10.406/2002) que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art.11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos- Pacto São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel<sup>3</sup>.

Neste diapasão, extrai-se da assertiva acima o efeito paralisante que permeia a norma infraconstitucional que colida com um tratado internacional de direitos humanos. Vale dizer, que nenhuma norma sobre prisão civil continua válida, perderam sua validade, todavia, encontram-se vigentes.

Desta forma, para que as leis vigentes sejam consideradas válidas, mister se faz a verificação da dupla compatibilidade vertical das leis, “i.e.”, estejam de acordo com a Carta Magna e com o Tratado Internacional de direitos humanos.

Nota-se que, embora haja previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel, (art. 5º, LXVII), esta não foi revogada, mas apenas ocorreu o efeito paralisante do tratado em relação a essa norma; ou seja, o tratado internacional exclui tal possibilidade. Desta feita, entende-se que houve uma ampliação de um direito fundamental individual, qual seja, a liberdade. Logo, toda norma infraconstitucional que permita a prisão civil por dívidas estará em conflito com o Pacto São José da Costa Rica, que proíbe tal possibilidade, deixando de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante que referido tratado impõe sobre a norma comum.

Há de ser relevado que não há compatibilidade em se determinar a prisão civil de um depositário infiel, posto que existem outros meios para assegurar a execução da dívida. Assim, se adotada tal prisão como meio coercitivo, estará contaminando os valores supremos assegurados

---

<sup>3</sup> O relatório do Ministro Celso de Mello teve por base em seu julgamento o entendimento perfilhado em que foi extraído de uma obra bibliográfica dos autores Branco, Mendes e Coelho (2007, p. 670-671)

pelo Estado Constitucional, que em tempos modernos não está voltado para si, mas no contexto internacional de proteção dos direitos humanos.

Analisando alguns pontos em relação ao entendimento sufragado pelo Ministro Cezar Peluso, relator do processo em tela, pode-se asseverar que não há hipótese de conflito algum entre o art.7º, inc. VII, da Convenção de São José da Costa Rica, que exclui a possibilidade de prisão do depositário infiel, salvo a do devedor de alimentos, e o artigo 5º, LXVII da Constituição, que autoriza a prisão do depositário infiel.

Deve-se levar em consideração, consoante exarado pelo relator do processo supracitado, a hermenêutica restritiva que se deve atribuir à norma, no que tange a restrição à liberdade individual, de modo que não se pode alargar o alcance da norma para diferenciar o conceito de depositário infiel, sendo inadmissível, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão civil qualquer que seja o modo de depósito, quer seja judicial, quer seja devedor-fiduciante e outros.

Para arrematar a posição do ministro Cezar Peluzo<sup>4</sup> (2009, p. 15 e 16), afirma, ainda, o relator, em seu voto, que o disposto no art. 60, § 4º da CF, nada mais fez do que “concretizar, em norma constitucional explícita, a aplicação específica do princípio da diminuição do elemento despótico, porque no fundo, é isso que exprime a vedação constitucional”.

No mais, deixa-se anotado que a Constituição elevou a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República, não permitindo, a grosso modo, a prisão civil do depositário infiel como meio coercitivo para pagamento de dívida, pois, admitir tal possibilidade seria retroceder a um direito mínimo que permanece inalterável no tempo, que é a liberdade do indivíduo, constituidor de um direito e garantia individual, portanto, cláusula pétrea (p. 39).

Consoante os dizeres da Ministra Carmen Lúcia<sup>5</sup> (2009, p. 2), o fato de o Brasil ter acolhido o Pacto de São José da Costa Rica, por força do art. 7º, item 7, deve-se atribuir hermenêutica extensiva, ou seja, ampliar o conteúdo da norma a tudo que limita a liberdade, como, por exemplo, no caso do devedor que responderia com o seu corpo por uma dívida em dinheiro. Nesse lanço, não haverá mais a aplicação da parte final do art. 5º, inc. LXVII da CF/88, que se refere à prisão civil do depositário infiel.

Registra-se, nesse momento, o entendimento perfilhado pelo Ministro Ayres Brito<sup>6</sup> (2009, p. 3 e 4), no sentido de não admitir o alargamento da norma, nem interpretação analógica in “*mallam partem*”, para prejudicar a parte. Mister se faz a ponderação da liberdade individual

<sup>4</sup> DJe nº104. Divulgação 04/06/2009. Publicação 05/06/2009. Julgamento em 03/12/2008. Aditamento ao Voto em 12/03/2008. Ministro Cezar Peluso (Relator).

<sup>5</sup> DJe nº104. Divulgação 04/06/2009. Publicação 05/06/2009. Julgamento em 03/12/2008. Voto em 22/11/2006. Ministra Carmen Lúcia.

<sup>6</sup> DJe nº104. Divulgação 04/06/2009. Publicação 05/06/2009. Julgamento em 03/12/2008. Voto em 22/11/2006. Ministro Carlos Ayres Brito.

com o princípio da proporcionalidade, operando este com maior rigor a fim de proteger a liberdade humana.

Verifica-se, no mais, a interpretação sistemática da norma, juntamente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da CF), da prevalência dos direitos humanos (inciso II do artigo 4º da CF), um dos princípios que regem as relações internacionais, assim como o § 2º do art. 5º da CF, que faz remissão aos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

É notória a preponderância do Pacto São José da Costa Rica em relação à Constituição, embora seja considerada pela Suprema Corte, inferior a Carta Magna. Isso ocorre devido à adoção de dois critérios utilizados: não prejudicar direitos tutelados internacionalmente e aplicação do princípio “*pro homine*”, que se aplica à hermenêutica que mais beneficia o homem, ampliando o gozo do seu direito ou de sua liberdade - no caso da vedação da prisão civil do depositário infiel - ou de uma garantia. O referido princípio encontra-se insculpido no art. 4º, II da CF/88, que o traz como regente das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos.

Em síntese, o STF, no referido julgamento histórico, afirmou que os tratados e convenções sobre direitos humanos possuem natureza supralegal, portanto, inseridos abaixo da constituição, porém acima das leis ordinárias, paralisando todo o ordenamento jurídico que esteja conflitante com ele. O mesmo não ocorre com o artigo 5º, § 3º, da CF, que atribui aos tratados sobre direitos humanos natureza de norma constitucional, uma vez que atende ao requisito formal e material constitucional.

No sentido de avançar no aprofundamento da questão correlata à prisão civil do depositário infiel contida no texto constitucional, mas descaracterizada no tratado internacional de direito humano ratificado pelo Brasil – Pacto São José da Costa Rica- depreende-se que houve uma ampliação de um direito e uma garantia individual e que consoante a Constituição, em seu art. 60 §4º, tal direito é considerado cláusula pétrea.

Nesse íterim, mister se faz a sustentação da tese da constitucionalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, defendida por alguns ministros da Suprema Corte e doutrinadores, para que seja possível constatar a ampliação da cláusula pétrea – liberdade individual - inserida no art. 7º, 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, configurando verdadeiro avanço dos direitos fundamentais.

## 2.5 Da Natureza Constitucional dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos

Consoante o entendimento perfilhado pelo Ministro Celso de Mello<sup>7</sup>, as convenções internacionais sobre direitos humanos estão imbuídas de caráter constitucional, enquanto outros tratados que versem sobre demais matérias guardam relação de paridade normativa com leis ordinárias.

O Min. Celso de Mello (2008) cita as seguintes constituições que acolhem esse entendimento: Argentina (constituição de 1853), Holanda (1983), Federação Russa (1993), Paraguai (1992), França (1958) e Venezuela (2000).

Impende destacar o grande autor da inserção do § 2º da CF - o próprio Cançado Trindade, cujo propósito nada mais era senão atribuir poder constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim, dispõe o aludido autor:

O propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário Nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...] A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional- tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países<sup>8</sup>.

Compartilham do mesmo entendimento os doutrinadores Mazzuolli (2005, p. 233 e 234), Piovesan (1997, p. 106 e 107) e Sarlet (2007, p. 345 e 346), afirmando que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem natureza constitucional, com base legal no disposto no § 2º do art. 5º da CF. Logo, atribui-se a aplicabilidade imediata, constante no § 1º do mesmo diploma legal, a esses tratados, uma vez que ocupam o mesmo patamar que as normas constitucionais. (apud AVELAR; PRONER, 2011, p. 54 e 55)

Como se pode notar, ao pronunciar que os direitos constantes em tratados internacionais tenham valor de norma constitucional, entende-se que faz parte do rol de proteção de cláusulas pétreas, como bem dispõe o art. 60 §4º, IV da CF/88.

Persiste ainda na assertiva acima, o Min. Celso de Mello, sob o fundamento que o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal admite o reconhecimento dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil faça parte, “v.g.”, o Pacto São José da Costa Rica como norma

<sup>7</sup> Norma que obteve voto vencido no julgamento do já citado RE. 466.343

<sup>8</sup> Cfr.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998, pp. 88-89.

constitucional, ou se preferir, norma de caráter aberto, pois dá margem a outros princípios insculpidos na proteção dos direitos humanos, ampliando, de fato, o bloco de constitucionalidade, “i.e.”, o que servirá de parâmetro para realizar o confronto e valorar a constitucionalidade.

Em outras palavras, será feita uma mutação constitucional, verificando os direitos e as garantias fundamentais na Constituição, bem como a cláusula pétrea, confrontando-os com os princípios constantes no tratado internacional, verificando, desse modo, se tais princípios se enquadram no núcleo mínimo de direitos consagrados na constituição, passando, desta feita, a fazer parte do bloco de constitucionalidade ou simplesmente ampliando-o. Precisas são as palavras do Ministro, ora em comento:

[...] certo que, no § 2º do art. 5º, se tem uma **norma de caráter aberto**, que dá margem ao ingresso, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a outros direitos e garantias provenientes dos tratados de proteção dos direitos humanos; ainda que se admita que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto, que **podem adicionar novos princípios** que **equivalem** às próprias normas constitucionais, **como se estivessem nelas escritos**, ampliando o que se costuma chamar de ‘bloco de constitucionalidade’, nas palavras de Canotilho (Direito Constitucional, p. 241). São normas materialmente constitucionais, que, conquanto **não se incorporem** ao Texto Fundamental, **ampliam o núcleo mínimo** de direitos e garantias nele consagrados, ganhando hierarquia constitucional.

**É a própria** Constituição que **assim a considera**, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, **refletindo**, com isso, **orientação** adotada pelo nosso constituinte, **no sentido** de ajustar às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

O **exemplo clássico** é o da **prisão civil** do depositário infiel, **permitida** no inciso LXVII do art. 5º da CF/88 e **vedada** no art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e **no art. 7º, 7 do Pacto São José da Costa Rica**. (DISTRITO FEDERAL, 2008, p. 37-38)

Pode-se dizer que o Pacto São José da Costa Rica é uma norma material com caráter eminentemente constitucional e, por conseguinte, a vedação da prisão civil do depositário infiel, insculpido no referido pacto, traz uma amplitude no que concerne a liberdade do indivíduo, fazendo parte, portanto, do bloco de constitucionalidade. Salienta, ainda que, o tratado não diminui, nem elimina qualquer direito contido na Constituição, ao revés, tende a ampliá-lo. No mais, deve o tratado prevalecer sobre o direito interno, quando aquele atribuir um caráter maior de proteção em relação a este.

Poder-se-ia afirmar, diante do postulado acima, que a prisão civil do depositário infiel é uma cláusula pétrea, discussão essa que será explorada mais adiante.

Convém ressaltar, por oportuno, que os tratados que não versem sobre direitos humanos não guardam relação de paridade constitucional, mas paridade com as leis ordinárias.

Vale pontuar também a lição de Pontes de Miranda<sup>9</sup>, que prega a exigência do tratado bem como a lei serem constitucionais. Nesse sentido, deve-se chamar a atenção para um dado muito importante, decidido pela Corte Máxima ao erigir o tratado de direitos humanos aprovados com o quorum específico do § 3º do art. 5º da CF ao status constitucional, pois entendem que esses tratados são formal e materialmente constitucionais, diversamente do que ocorre com os tratados internacionais sobre direitos humanos que não observaram essa formalidade (§2º do mesmo diploma legal), atribuem natureza supralegal, não podendo ter força de norma constitucional, segundo a doutrina são caracterizados como norma materialmente constitucional.

Com a emenda constitucional nº 45/04, que inseriu o procedimento de um “quorum” qualificado aos tratados retromencionados, sendo equivalentes a emendas constitucionais, há de ser observada uma grande contradição aos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88, pois como assim descreve alguns doutrinadores, esses parágrafos por si só já conferem a esses tratados internacionais hierarquia materialmente constitucionais, incluindo, imediatamente, os direitos e garantias previstos nesses tratados no rol de direitos e garantias já resguardados.

Nesse ínterim, será abordado no próximo capítulo a questão do retrocesso ou avanço dos direitos fundamentais, trazendo a lume o princípio do irretrocesso social, que de forma implícita, proíbe a diminuição de um direito fundamental social já garantido em nossa Constituição, a questão da hierarquização das cláusulas pétreas e a vedação da prisão civil do depositário infiel – configurador do avanço dos direitos fundamentais e críticas atinentes ao julgado em comento.

---

<sup>9</sup> ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo IV/146, item n. 35, 2ª ed., 1974, RT). DJe nº104. Divulgação 04/06/2009. Publicação 05/06/2009. Julgamento em 03/12/2008. Voto em 12/03/2008, p. 51. Ministro Celso de Mello.

## **CAPÍTULO 3 - O RETROCESSO OU AVANÇO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como dito em linhas anteriores, o presente capítulo versará, “prima facie”, sobre o princípio do irretrocesso social, que proíbe a diminuição de um direito fundamental social já garantido em nossa Constituição, a questão da hierarquização das cláusulas pétreas defendida por alguns doutrinadores e a vedação da prisão civil do depositário infiel – configurador do avanço dos direitos fundamentais.

Por fim, será tecida críticas atinentes à postura do Pretório Excelso, no julgamento que atribuiu o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, especificadamente ao Pacto São José da Costa Rica que supostamente conflitava com a norma constitucional interna.

### **3.1 Do Princípio da Proibição do Retrocesso Social**

Aprioristicamente, é importante mencionar as variadas denominações que se pode encontrar na doutrina, como: cláusula de proibição de evolução reacionária, regra do não-retorno da concretização, princípio da proibição da retrogradação e a definição portuguesa e brasileira do princípio da proibição do retrocesso social.

Urge ressaltar que o grande precursor brasileiro do referido princípio em comento, Silva (2007 apud FILETI, 2008), aduz que normas constitucionais definidoras de direitos sociais são normas de eficácia limitada, que vinculam órgãos estatais e ordenam uma vedação em retroceder na concretização de um direito já considerado. Logo, de forma implícita, o autor reconhece esse princípio.

Nota-se a gama de defensores brasileiros que preconizam esse princípio constante na Carta Magna como: Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Suzana de Toledo Barros e considerações realizadas por Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli, assim mencionados por Fileti (2008)<sup>10</sup>.

É latente a visão do conteúdo finalístico que reveste esse princípio, que não possibilita a redução, sequer a supressão de um direito já alcançado ou garantido na Constituição, ao revés, busca-se um avanço social e não uma permanência no “status quo”.

---

<sup>10</sup> O texto em questão não possui número de página, por se tratar de um conteúdo online. Disponível em: <<http://www.airesadv.com.br/Default.aspx?Tabid=56&ItemID=413539>>.

Consoante noção cediça, esse princípio que se encontra implicitamente inserido na Constituição, limita, por exemplo, a liberdade do legislador infraconstitucional, proibindo qualquer possibilidade de eliminar, reduzir, seja total ou parcialmente, um direito fundamental social já alcançado.

Dessarte, os direitos sociais são dotados de fundamentalidade material, portanto, são assim considerados cláusula pétrea, uma vez que para assegurar uma vida digna, mister se faz a existência de um mínimo essencial para sua sobrevivência. Nesse diapasão, esse conjunto de condições materiais essenciais, assim, ditas como “mínimo existencial” por Torres (2003, p. 14 *apud* BARROSO, 2009, p. 179), não podem ser suprimidas, nem reduzidas, pois visa garantir direito já abarcado pelo constituinte originário, não sendo passível de reforma. Atende, por conseguinte, o princípio da vedação do retrocesso social, posto não haver possibilidade de supressão ou redução de um direito mínimo já garantido constitucionalmente.

Não se pode olvidar que não apenas os direitos individuais são considerados cláusula pétrea, mas também outros direitos fundamentais materiais como: direito social à educação fundamental gratuita, direito político à não alteração do processo eleitoral a menos de um ano do pleito, proteção ambiental e direitos difusos, que referem-se à preservação da vida.

Pode-se considerar, diante de todo enunciado acima, que o princípio do irretrocesso social é corolário da segurança jurídica, ou seja, da estabilidade jurídica, o qual permite conservar o que o constituinte originário achou por bem proteger, mantendo, desta feita, o espírito da constituição.

Com grande sabedoria, Piovesan (2000 *apud* BRASIL, 2007) dissertou sobre o sentido de segurança jurídica como proteção dos direitos sociais:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo provido da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.

Na mesma esteira leciona o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet<sup>11</sup>, (2001 *apud* BRASIL, 2007) ao conceituar a dignidade da pessoa humana como atributo inerente a cada ser humano, assegurando condições mínimas para sua sobrevivência no meio social:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62. Disponível em: <<http://msmidia.profissional.ws/moretto/artigos/cidadaopreso.pdf>>.

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...].

Enfatiza, ainda, o doutrinador Lafer (1988, p. 118 *apud* MELLO, 2008, p. 9-10), mormente no que atine a liberdade individual, que não se pode deixar de lado esse direito fundamental do homem, em decorrência de um valor ético fundamental da pessoa humana:

O valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza.

Nesse desiderato, compreende-se a pessoa humana como valor fundante e condicionante de todo sistema, a qual não se deve desconsiderar o postulado da pessoa humana, para não exurgir a sociedades totalitárias, que vigora o autoritarismo e não observa o princípio fundamental do indivíduo enquanto ser garantidor de direitos/deveres e garantias.

Posto assim, o entendimento sob o viés de determinados doutrinadores é no sentido de que a dignidade da pessoa humana refere-se a um direito fundamental, inerente ao ser humano, a qual deve ser observada pelo Estado - garantidor da segurança jurídica que tem como fulcro o princípio do irretrocesso social, assegurando, independentemente do contexto político, histórico e social, o mínimo essencial à existência do indivíduo.

Diante da premissa acima, pode-se dizer que o fato do Pacto São José da Costa Rica permitir somente a prisão do devedor de alimento, não estabelecendo a do depositário infiel, observou o princípio da proibição do retrocesso social, e mais, avançou no quesito direito social, respeitando o direito fundamental do ser humano, qual seja, a dignidade da pessoa humana, vedando o meio coercitivo da prisão civil para pagamento de dívida, uma vez que existem outros meios para recebimento da dívida.

Caso houvesse a permissão da prisão civil do depositário infiel, ainda constante no texto constitucional, voltaria-se aos tempos de outrora, na Roma republicana, em meados do século V a.C., constituindo um inaceitável retrocesso social, pois logo depois desse período teve a edição da “Lex Poetelia Papiria”, inaugurando um novo tempo, que excluía a execução que recaía sobre a pessoa do devedor, passando a recair sobre o patrimônio do devedor, como bem salientou o Ministro Celso de Mello no julgamento em análise.

Com efeito, a decisão proferida pela Suprema Corte brasileira, apresenta a certidão de óbito da prisão civil do depositário infiel e passa a considerar os padrões observados em todo o

mundo. Considera um grande avanço esse novo modelo imposto, que saiu do Estado legalista, passando pelo Estado constitucional e doravante, Estado constitucional internacional ou transnacional, como assim disserta o professor Gomes (2008):

Continua no mesmo plano das ideias o professor e também doutrinador citado alhures, sustentando, doravante, a observação por parte da lei da dupla compatibilidade vertical, “i.e.”, respeitar o que dispõe a constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. Afirma o mesmo que, no caso de celeuma entre estes dois institutos: Lei Maior e Tratado Internacional, não se resolve na questão de hierarquia, mas, no seu conteúdo, prevalecendo, indubitavelmente, a norma mais benéfica ao ser humano- “princípio pro homine”. Caso a lei seja mais ampla que os tratados, prevalecerá a lei inferior, em observação ao referido princípio, ora apresentado.

É preciso insistir no fato de que o retrocesso social não é imune às transformações sociais, visto que pode sofrer alterações dependendo do contexto em que está situado. Contudo, encontra proteção em seu mínimo existencial, tornando impossível a supressão desse mínimo assegurado, assim estará permeado de estabilidade jurídica.

Vislumbra-se, que o princípio do irretrocesso social proclama um valor fundamental e visa atribuir segurança jurídica, bem como as cláusulas pétreas.

### **3.2 Hierarquização das Cláusulas Pétreas?**

A pergunta que se faz acerca do núcleo intangível da Constituição reside na existência ou não de hierarquia. Pode-se afirmar que há superioridade do cerne fixo em face das demais normas constitucionais ou todas se encontram no mesmo patamar? A doutrina não é unânime sobre a questão e traz diversos apontamentos.

Prefacialmente, sob o prisma da hierarquia, em Direito, assevera-se que para uma norma ter o “status” de superioridade, é imprescindível que esta (norma) seja o fundamento de validade de outra. No entanto, no que concerne às cláusulas pétreas, o que deve ser analisado não é a sua posição hierárquica, mas os dispositivos que não podem ser alterados por emenda.

Na atual Constituição brasileira não é possível a proposta de emenda que tende a abolir: a) a Forma federativa do Estado; b) o voto direto, secreto, universal e periódico; c) a separação dos Poderes e; d) os direitos e garantias individuais. Com efeito, qualquer emenda que tenha por objeto a abolição de um desses itens será eivada de invalidade.

Posiciona-se o estudo, a partir de então, para uma vertente doutrinária que afirma o caráter superior da cláusula pétrea em relação às demais normas constitucionais. Mas é importante dizer, desde já, que não corresponde ao entendimento predominante.

Para Vieira (1999, p. 135), as cláusulas pétreas possuem caráter de “superconstitucionalidade”, equivale dizer, que os princípios e normas são hierarquicamente superiores aos outros dispositivos elencados na Constituição. Não podendo ser confundido com “supraconstitucional”, uma vez que essa expressão corresponde a dispositivos não elencados dentro do direito positivo, portanto, transcendentais. Desta feita, criou-se no corpo da Constituição uma norma superior, ocupando posição relevante em relação às demais.

Atesta, ainda, que o núcleo intangível, em caso de conflito entre normas constitucionais, deverá ser resolvido por questões de acomodação e operações dogmáticas de balanceamento. Logo, não possuindo um grau de hierarquização entre as normas constitucionais, ficará o exegeta do texto constitucional adstrito a mecanismos precários, devendo avaliar quem deverá ceder espaço, confrontando-os.

No entendimento perfilhado pelo ministro Gilmar Mendes (1994, p. 4362 *apud* VIEIRA, 1999, p. 137), no que atine à hermenêutica das cláusulas superconstitucionais, a Constituição não permite uma exegese restritiva destas, posto que deixaria os valores fundamentais vulneráveis; por outro lado, se o cerne básico fosse interpretado de forma compreensiva, ou seja, com possibilidade de alargamento da norma, poderia contribuir para um engessamento da norma, colocando em risco o texto normativo. Afirma, ainda, que a Constituição proíbe não apenas a supressão dos princípios fundamentais, mas também a emenda que, de algum modo, ensejar lesão a esses princípios, contribuindo para o processo de erosão do texto constitucional.

A doutrina majoritária caminha no sentido inverso, afirmando não haver hierarquia de normas constitucionais.

Sob a ótica do ministro Ayres Brito (1995, p. 194), as cláusulas pétreas são normas “dominantes”, enquanto que as demais regras constitucionais são as “dominadas”.

Na mesma esteira, compartilha desse entendimento o doutrinador Canotilho (1993, p. 191), ao afirmar que não se pode dizer que existe uma hierarquia supra – infra- constitucional, uma vez que todas as normas inseridas no texto constitucional têm igual dignidade, “i.e.”, o mesmo valor normativo.

Também nessa mesma ordem de ideias, o entendimento do constitucionalista Barroso (2009, p. 167), que não nega o status político e valorativo do núcleo imodificável. Mas isso não quer dizer que lhe atribua superioridade jurídica, pois a Carta Magna prevê as cláusulas

pétreas apenas para limitar o poder de reforma da Constituição elaborada pelo constituinte originário, salvaguardando a essência (o espírito) da Constituição.

Nota-se que a maioria da doutrina entende não ser possível a hierarquia das cláusulas pétreas em relação às demais normas constitucionais. No entanto, é notória a existência de uma super-rigidez nos incisos do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição, sendo oportuno afirmar que a super-rigidez das cláusulas protegidas pelas limitações materiais ao poder reformador foi desenvolvida por Geraldo Ataliba, antes do surgimento da Constituição de 1988. Tal autor, ao analisar a questão da República e da Federação, afirmou ser inalterável a matéria versada, sendo a Constituição “rigidíssima” no que concerne a esses dois princípios.

No tocante à análise dos entendimentos explanados pelos doutrinadores citados acima, entende-se que não se pode invocar a cláusula pétrea na sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas inferiores contra normas superiores, pois a função do cerne fixo consiste tão-somente em limitar o poder reformador, não admitindo a supressão de alguns dispositivos elencados na Constituição.

É importante destacar que há jurisprudência específica sobre o assunto supra referenciado. A título de exemplo, pode-se citar a ADI nº 815/DF (DJU, 10 maio de 1996), ajuizada pelo Governador do Rio Grande do Sul, que visava à declaração de inconstitucionalidade dos §§1º e 2º do artigo 45 da CF/88, dispositivos estes que fixavam o número máximo e mínimo de deputados por Estado e Território, a pretexto de violação do princípio superior de igualdade de voto. Sustentou, também, a existência de cláusulas pétreas superiores a outras normas constitucionais.

O relator da referida ADI, Ministro Moreira Alves, afirmou ser “impossível” com o sistema rígido da Constituição a tese da superioridade das cláusulas pétreas em relação às demais normas constitucionais.

Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas na sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte Originário, e não abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.(DISTRITO FEDERAL, 1996)

Diante do exposto, observa-se a impossibilidade de hierarquização das cláusulas pétreas em relação às demais normas constitucionais originárias, conforme se depreende desse importante julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, impende destacar, como visto no decorrer do presente tópico que a doutrina não é uníssona no tocante a impossibilidade de hierarquia do cerne fixo, sendo visto o núcleo imodificável como superconstitucional e verdadeira reserva de justiça da Constituição.

### **3.3 A Superconstitucionalidade das Cláusulas como Reserva de Justiça**

As cláusulas superconstitucionais são denominadas pelo doutrinador Vieira (1999, p. 28) como um núcleo intangível da Constituição, cujo objetivo precípua é a inalterabilidade do texto constitucional para que seja preservada a essência da Carta Maior, devendo ser protegidas do poder de reforma.

Como se pode observar no tópico referente à hierarquia das normas, contido no presente capítulo, o autor aduz que a superconstitucionalidade das cláusulas pétreas ocupa posição privilegiada no texto constitucional devido aos princípios e valores abarcados por elas, isto quer dizer que o cerne fixo é hierarquicamente superior às demais normas trazidas pela Carta Magna. Afirma ainda que as cláusulas superconstitucionais são meios habilitadores e legítimos da democracia, funcionando como mecanismos de realização dos direitos humanos fundamentais (VIEIRA, op. cit, p. 227).

Impende destacar ainda, que a função da superconstitucionalidade das cláusulas é proteger tão - somente princípios básicos que assegurem condição mínima para o indivíduo deliberar livremente sobre direitos e de que maneira querem ser governados.

O doutrinador, ora em comento, ratifica de diversas formas que o núcleo intangível do texto constitucional nada mais é do que uma reserva básica de justiça, “i.e”, um núcleo básico do qual deriva as liberdades, garantias legais e condições materiais mínimas. Daí a necessidade de preservação dos direitos que possuem autonomia privada individual, assim como suas garantias, proteção da separação dos poderes, dos direitos de votar e ser votado, participando do processo democrático na tomada de decisões públicas e por fim, não menos importante que os demais, englobam-se os direitos sociais dos quais não se devem ficar vulneráveis, visto que possuem cunho de direito moral. Desta feita, assevera Vieira (1999, p. 231) que a violação do direito à alimentação básica do indivíduo é tão grave quanto uma agressão física, pois fere da mesma forma sua dignidade.

Vislumbra-se ainda, na expressão “superconstitucional” aduzida pelo autor em apreço, a transformação da cláusula contida no art. 60, § 4º, IV da CF/88 em metanorma do

sistema jurídico-político visto que não podem ser excluídos, pois constituem a reserva de justiça da Constituição, impedindo a supressão por meio de um processo político dos direitos fundamentais que são garantias da dignidade humana. Nota-se que a intenção do autor nada mais é que proteger o núcleo dos valores ético-constitucionais fundamentais.

### **3.4 Vedação da Prisão Civil do Depositário Infiel – Configurador do Avanço dos Direitos Fundamentais e, por Consequente, das Cláusulas Pétreas.**

Importante evento histórico realizado pelo Supremo Tribunal Federal, fez com que houvesse um grande avanço no que diz respeito ao direito fundamental, qual seja, a liberdade do indivíduo, que proíbe indubitavelmente a prisão civil do depositário infiel.

Afirma Vieira (1999) que direitos que protegem a dignidade humana devem ser protegidos como cláusulas pétreas, estejam eles descritos no texto por meio de normas ou decorrentes dos princípios que norteiam a Carta Magna ou mesmo de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, conforme preceitua o artigo 5º § 2º da CF/88. Nessa toada de ideias, pode-se aduzir que a liberdade atribuída ao depositário infiel constitui verdadeira cláusula pétrea, visto que houve a ampliação de um direito individual já inserido no Texto Maior.

Cumprе salientar os caminhos percorridos por Vieira (1999, p. 233-235), em um processo de interpretação constitucional no intuito de levar a uma única decisão ou a decisão mais correta. O primeiro está voltado para o magistrado que tem a função de realizar o controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, mas diante do caráter aberto dos princípios constitucionais se torna inviável prever todas as hipóteses de violação. O segundo caminho trilhado seria por meio de representantes do povo que teria como limite único as pré-condições para o funcionamento do procedimento democrático; o Judiciário apenas iria preservar tais condições e o Legislativo teria a última palavra no que atine ao cerne fixo. Já o terceiro caminho permitiria o Judiciário não apenas apresentar a exegese como também aplicar as denominadas cláusulas superconstitucionais. É cediço que aperfeiçoá-las é possível, mas restringi-las jamais.

Compreende-se, diante do exposto, que na análise dos direitos elencados no artigo 60 §4º o exegeta deve tomar como ponto de partida a Constituição, a doutrina e demais precedentes além de se valer da filosofia política à argumentação racional, segundo Vieira (1999, p. 236).

Sob a ótica do doutrinador em tela, no que tange aos direitos e garantias individuais surgem problemas no momento da interpretação do cerne fixo, visto que o texto constitucional não elenca em nenhuma hipótese a expressão: “direitos e garantias individuais”, mas sim, “direitos e garantias fundamentais” ou “direitos e garantias individuais e coletivas”; desta feita, mister se faz a utilização de determinada ideia que consiga dar melhor interpretação ao caso.

Uma está voltada para uma hermenêutica literal, elencando um rol de direitos e garantias individuais esparsos na Constituição, além daqueles não constantes em seu corpo, mas que fazem parte por força do art.5º, § 2º da CF/88. Contudo, não se coaduna tal interpretação, pois colocaria numa posição superior, direitos e garantias de menor importância e deixaria de lado outros direitos sociais, dos quais são primordiais para a conquista da democracia.

A outra ideia consiste na redução da proteção aos direitos descritos no art. 5º da Constituição, mas já foi descartada pelo Pretório Excelso. Desta feita, verifica-se a impossibilidade de criação de uma ideia perfeita acerca dos direitos que devem ser inclusos no rol dos imutáveis, posto que podem colocar como direitos secundários aqueles essenciais na configuração de um Estado Democrático de Direito e na manutenção da dignidade humana.

Não restam dúvidas de que o magistrado encontrará dificuldades na análise do caso concreto se houve ou não a violação de uma cláusula superconstitucional, todavia, o mais importante é propiciar condições que protejam apenas os princípios e direitos que estabeleçam uma verdadeira reserva de justiça constitucional, consoante expõe Vieira (1999, p. 247).

Com base nos argumentos delineados pelo comentado doutrinador, e comparando-os com o entendimento exarado pela Corte Maior, atinente à vedação da prisão civil do depositário infiel, cumpre destacar que não agiu de forma acertada, visto que embora tenha progredido na questão da prisão civil, caracterizando o avanço de um direito fundamental, não se manifestou de forma clara, precisa/determinante na questão do art.5º, inciso LXVII da Constituição Federal. Isso se deve ao fato da Corte simplesmente atribuir efeito paralisante a qualquer norma infraconstitucional que conflita com o Tratado Interamericano de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, que por sua vez, possui caráter supralegal- abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias.

Sendo assim, a Suprema Corte, com a “data vênia”, apresentou decisão errônea, na medida em que o artigo art. 5º, § 2º da CF/88 por si só responderia pelas questões que envolvem princípios e direitos insculpidos em tratados de direitos humanos internacionais dos quais o Brasil faça parte, tendo aplicabilidade imediata, como assim apregoa o § 1º. Assim,

cairia por terra qualquer dúvida concernente ao caso da prisão civil do depositário infiel, pois o Tratado supracitado é claro ao mencionar a vedação da prisão civil, exceto a do devedor de alimentos.

A inserção do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88, que atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum qualificado de 3/5 em dois turnos em ambas as casas legislativas equivalência às normas constitucionais foi desnecessária, visto que o § 2º é uma norma de caráter aberto e admite outros direitos e princípios de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, fazendo com que ele se autocomplementa. Sendo assim, é identificado pela doutrina internacional como “princípio da não identificação” ou “cláusula aberta”.

Mazzuoli (2005, p. 236 *apud* AVELAR; PRONER, 2011, p. 48), compartilha da ideia citada alhures:

Com absoluto respeito que se possa externar ao pronunciamento da mais alta Corte do país, verifica-se que aceitar-se o referido posicionamento é criar-se a figura de “*direitos e garantias de segunda classe*”. Pois, se “a própria Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados podem ser complementados por outros provenientes de tratados, não se poderia pretender que esses outros direitos e garantias tivessem um grau hierárquico diferente do das normas constitucionais em vigor.

Deflui-se, portanto, que a criação do § 3º do art. 5º da Constituição se fez desnecessária, pois a própria Carta já continha em seu texto adesão de outros direitos e princípios de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, sem a necessidade de um quorum específico, criando assim uma segunda classe de direitos e garantias.

Ressalta-se a prevalência dos direitos fundamentais que se deve atribuir no caso de conflito de normas, entre Constituição e tratado Internacional que versa sobre direitos humanos, deve-se prevalecer a norma mais benéfica para vítima, questão já debatida no presente trabalho, encontrando respaldo nas lições de Cançado Trindade (1991, p. 3 e 4 *apud* AVELAR; PRONER, 2011, p. 64):

No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana.

Desta feita, a hermenêutica que melhor se enquadra no caso de conflito de normas entre direito interno e internacional é aquela que mais favoreça a vítima, tendo em vista a prioridade da pessoa humana sobre as demais causas.

Concernente a natureza de cláusula pétrea dos direitos e garantias inseridos nos tratados internacionais de direitos humanos, Mazzuoli (2005, p. 233 e 234 *apud* AVELAR; PRONER, 2011, p. 54) traz a seguinte assertiva:

Atribuindo-lhes a Constituição a natureza de “normas constitucionais”, passam os **tratados de proteção dos direitos humanos**, pelo mandamento do citado § 1º do seu art. 5º, a ter aplicabilidade imediata, dispensando-se, dessa forma, a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como no plano internacional. [...]. Como se já não bastasse, é ainda de se ressaltar que todos os direitos inseridos nos referidos tratados, incorporando-se imediatamente no ordenamento interno brasileiro (CF, art. 5º, § 1º), por serem normas também **definidoras dos direitos e garantias fundamentais**, **passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição (CF, art. 60, § 1º, IV)**. É o que se extrai do resultado da interpretação dos §§ 1º e 2º, do art. 5º da Lei Fundamental, em cotejo com o art. 60, § 4º, IV, da mesma Carta. Isso porque o §1º do art. 5º da Constituição da República, como se viu, dispõe expressamente que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (grifos do autor)

Portanto, o Pacto São José da Costa Rica, que disciplina a matéria da permissão da prisão civil apenas para o devedor de alimentos, tem aplicabilidade imediata, visto tratar-se de direitos humanos. Além disso, por estabelecer direitos e garantias fundamentais, qual seja, o direito à liberdade do indivíduo, passa a fazer parte do cerne fixo da Constituição Federal.

Logo, a vedação da prisão civil do depositário infiel configura um avanço na questão dos direitos e garantias fundamentais e consequentemente das cláusulas pétreas, uma vez que foi ampliado o direito à liberdade do indivíduo, sendo permitida a prisão apenas para o devedor de alimentos. Tal postulado se afirma na súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (item 25), obrigando todos os tribunais a seguir o referido entendimento sufragado pela Corte.

Deflui-se, diante das explanações anteriormente apresentadas, que tudo que for ampliado com o escopo de atingir o bem – estar social precisa ser aceito, visto que a finalidade do Estado Democrático de Direito é exatamente a paz social, pautadas no princípio da dignidade humana e na liberdade do indivíduo – direito e garantia individual - caracterizadora do avanço das cláusulas pétreas, por meio da vedação da prisão civil do depositário infiel – respeitados os direitos fundamentais e o princípio do não retrocesso social.

## CONCLUSÃO

Consoante o adrede exposto, a ilação que se faz é de que as cláusulas pétreas não podem, em hipótese alguma, serem suprimidas. Entretanto, é possível a ampliação do cerne fixo pelo poder constituinte derivado reformador.

Nota-se a impossibilidade implícita de reforma constitucional que pretenda abolir qualquer cláusula pétrea contemplada pelo art. 60, § 4º, pois, ao revés, se for possível tal reforma, a identidade original da Constituição será corrompida e extintas serão as cláusulas pétreas, necessitando, portanto, de nova instituição governamental, “i.e.”, de uma nova Constituição.

Constatou-se que no decorrer da história, várias Constituições, sejam elas pertencentes ao direito pátrio ou alienígena, estabeleceram cláusulas pétreas, mas, sem dúvida, a Constituição brasileira de 1988, com a inserção dos direitos e garantias individuais, do voto direito, secreto, universal e periódico, da separação dos poderes e do Estado federativo, constitui verdadeira expressão de Estado Democrático de Direito.

Restou-se evidenciado a existência de várias acepções acerca do núcleo intangível, entendendo alguns pela possibilidade de sua supressão, desde que ratificadas popularmente (considerada minoritária tal corrente); para outros, necessita de hermenêutica ampliativa para enquadrar no rol das cláusulas pétreas não somente as descritas, mas também, aquelas que o legislador originário queria dizer e não o fez, como os direitos sociais, questão ambiental e outros; para outra vertente, a interpretação das cláusulas pétreas deve ser literal, uma vez que o poder de primeiro grau alocou apenas as cláusulas em que ele acreditava ser a essência dos valores constitucionais; e, por fim, há corrente que defende uma exegese sem alargar o sentido e alcance da norma, para não engessar o ordenamento jurídico e acarretar ruptura da ordem constitucional.

Em que pese os vários entendimentos acerca do tema em comento, depreende-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a feitura da análise de seus inúmeros julgados, está voltada para uma hermenêutica do sentido e alcance das cláusulas pétreas, preocupando-se, principalmente, na proteção do núcleo essencial dos princípios defendidos pelo cerne fixo, e não na aplicabilidade de uma interpretação literal, visto que esta poderá levar ao rompimento de normas fulcradas em valores perpétuos, consagrados pelo poder constituinte originário.

Conclui-se que, para que a essência da Constituição seja preservada, é assaz importante a aplicação de uma hermenêutica limitada, ou seja, sem ampliar o sentido da norma. Desta feita, evitar-se-á o encrudecimento do ordenamento jurídico.

Denota-se a inexistência de hierarquia das cláusulas petrificadas sobre as demais normas inseridas no texto constitucional, tendo sido objeto de análise pela Suprema Corte, a qual afirmou que o escopo das referidas cláusulas é de apenas limitar o poder reformador, alterando ou suprimindo determinados dispositivos. Portanto, seria impossível denominar hierarquia, embora obtenha proteção especial.

Concernente aos direitos sociais, vislumbra-se o quão importante é a sua inserção no núcleo intangível, desde que, como bem observou ilustres doutrinadores, seja valorado o mínimo existencial (essencial) para que uma pessoa possa viver com dignidade, assim atenderá ao efetivo princípio da dignidade da pessoa humana, abarcado em nossa Legislação Maior e protegido pelo Espírito da Constituição. Frisa-se que outros dispositivos constitucionais estão imbuídos nessa premissa máxima de mínimo existencial.

No que tange aos direitos adquiridos, o tema já foi objeto de análise pelo então Pretório Excelso, pautando suas considerações no sentido de proteção de tais direitos para que uma emenda não tenha o condão de alterar direito já consolidado.

Não se pode dizer o mesmo sobre a inserção de novos direitos fundamentais. Entendeu o STF que não se configura, necessariamente, cláusula pétrea a criação desses direitos supracitados, pois poderá ingressar no texto constitucional para explicar um direito já existente.

Impende destacar, para o exato deslinde do tema em comento, que a inteligência do Supremo Tribunal Federal está pautada para o alcance da norma, ou melhor, pretende-se preservar o núcleo protetor da norma, impedindo que o ponto nevrálgico da Constituição (sua identidade original) seja abalado. Desta feita, garante-se a preservação do Estado Democrático de Direito através de dispositivos petrificados, entrincheirados, cravados na pedra, protegendo assim, o direito adquirido, os direitos sociais (e outros com um mínimo existencial), e os direitos fundamentais do ser humano, colocando em prática os princípios insculpidos e protegidos de modo especial pela nossa Constituição.

Consoante o anteriormente exposto, vislumbra-se a preocupação do constituinte originário em preservar não somente os direitos dos cidadãos previstos no texto constitucional, mas também os direitos e garantias protegidos pelos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, a Carta Magna de 1988 consagrou-se no momento que alocou em

seu art. 5º, § 2º o respeito e atendimento aos direitos humanos garantidos pelos tratados internacionais do qual o Brasil seja parte.

Destaca-se, em momento incipiente, a esplêndida decisão do Supremo Tribunal Federal em seu julgamento histórico do RE 466.343, ao excluir a prisão civil do depositário infiel. Evidencia-se um patente avanço social, na medida em que deixa de atender a uma exceção legal, prevista na parte final do art. 5º, inciso LXVII, especificadamente, no que tange a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, para dar lugar a um comando geral, previsto no art. 7º, 7 do tratado internacional sobre direitos humanos - Pacto São José da Costa Rica.

Portanto, é iniludível a ampliação de um direito individual trazido pelo referido texto, considerado, neste ponto em particular (art.7º, 7 do Tratado acima), uma cláusula pétrea, impossível de ser reduzida, quiçá suprimida por meio de reforma.

Dessarte, deflui do caso supracitado que o princípio da proibição do retrocesso social foi respeitado, uma vez que não houve supressão, nem redução de um direito fundamental - direito à liberdade do indivíduo - já garantido pela Lei Maior; ao contrário, foi ampliado tal direito. A decisão colaborou para o progresso social, ora alcançado, qual seja, a vedação da prisão civil do depositário infiel.

Conclui-se que a exceção à regra explicitada pela Constituição, de que é vedada a prisão civil, salvo a do depositário infiel e do devedor de alimentos, transformou-se, com o disposto no Pacto São José da Costa Rica, numa regra à exceção, no momento que esta Convenção destaca a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, sendo mais benéfica ao indivíduo.

Desta feita, filio-me ao caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que estão assegurados no art. 5º, §§ 1º e 2º da Lei Maior, que atribuem: aplicabilidade imediata, a constitucionalidade material e a inserção no bloco de constitucionalidade, em razão do § 2º ser norma de caráter aberto.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a vedação da prisão civil do depositário infiel, assim estabelecido no Pacto, constitui verdadeira cláusula pétrea, posto que, houve a ampliação de um direito individual, qual seja a liberdade do indivíduo, corroborado no art. 60, § 4º, IV da CF/88. Logo, não há possibilidade de redução, nem tampouco supressão desse direito individual, em respeito ao princípio do irretrocesso social e por se referir ao cerne fixo constitucional.

Todavia, o entendimento exarado pelo Pretório Excelso, no que tange à natureza supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, mormente o Pacto São José da

Costa Rica, não foi o mais acertado, visto que o caráter supralegal desses tratados (abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias) produziu um efeito paralisante sobre a norma infraconstitucional que seja com ele (tratado) conflitante. Desta feita, perdeu-se a possibilidade de solucionar, de fato, o problema da aplicabilidade desses tratados, que ainda permeia sobre as normas infraconstitucionais.

A Suprema Corte, ao estabelecer a diferenciação entre os tratados que atenderam ou não ao quorum estabelecido na Lei Maior, respeitando sempre a supremacia da constituição, depreende-se a dificuldade em colocar os direitos humanos acima de todo e qualquer valor supremo estabelecido pelo poder originário, que ao pregar os direitos e garantias previstos na Carta, teve como elemento condicionador a dignidade da pessoa humana, necessitando o indivíduo para a sobrevivência numa sociedade livre e fraterna de um mínimo existencial, capaz de atender às suas necessidades vitais.

Em epítome, tudo o que for criado a mais, ou melhor, ampliado para o bem - estar social precisa ser aceito, mormente, no que diz respeito a um direito e garantia individual, qual seja, a liberdade do indivíduo - a vedação da prisão civil do depositário infiel - caracterizador do avanço das cláusulas pétreas, implementadas por meio do princípio do irretrocesso social e embasadas nos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AVELAR, Daniel R. S. de; PRONER, Carolina. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos: sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba. Vol. 10, n. 10, p. 38-87, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/449/327>>. Acesso em 17 mar 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL, Francisca Narjana de Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como efetividade da segurança jurídica**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/28412>>. Acesso em 15 de ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 815/DF**. Relator Moreira Alves. 27 mar 1996. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744338/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-815-df-stf>>. Acesso em: 15 out 2009.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-7/DF**. Relator: Ministro Sidney Sanches. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%20939.NUME.\)%20](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%20939.NUME.)%20). Acesso em: 21 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2024/DF**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 02 mai 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757372/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2024-df-stf>>. Acesso em: 21 out. 2009

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3367/DF**. Relator: Ministro Celso Peluso. 12 Abr 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765314/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3367-df-stf>>. Acesso em: 21 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3685/DF.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. 31 mar 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782079/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3685-df-stf>>. Acesso em: 21 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n. 23.452/RJ.** Relator: Ministro Celso de Mello. 15 set 1999. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 15 out 2009.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n.24875/DF.** Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 08 fev 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784096/mandado-de-seguranca-ms-24875-df-stf>>. Acesso em: 15 out 2009.

\_\_\_\_\_. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 111 BA.** Relator: Ministro Carlos Madeira. 25 out 1989. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14673239/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-111-ba-stf>>. Acesso em: 21 out 2009.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1.** São Paulo. Relator Ministro Cezar Peluso. 03 dez 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 08 ago 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social.** Set 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>>. Acesso em: 15 ago.2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Decisão histórica do STF: fim da prisão civil do depositário infiel.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1993, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12081>>. Acesso em: 15 ago 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um dialogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo. Companhia de Letras. 1988. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 15 ago 2011

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 10ª ed. São Paulo: Método. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1432 p. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 30, n. 120, out./dez. 1993.

RAMOS, José Adriano. **A Responsabilidade Civil do Estado sob a Perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Brasília, 2010. Monografia de pós-graduação “lato sensu” em direito público - CEAD, Universidade de Brasília.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. In: Carl Schmitt, teólogo de lapolítica. Prólogo e seleção de Hector Orestes Aguilar. Cidade do Prólogo e seleção de Hector Orestes Aguilar. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, 34<sup>a</sup> edição, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos Direitos Sociais em mínimo existencial. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VEGA, Pedro de. **La reforma constituional y La problemática Del poder constituyente**. Madrid, Tecnos, 1999.

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

\_\_\_\_\_. Gramática dos Direitos Fundamentais. In: **Gramática dos Direitos Fundamentais - a Constituição Federal de 1988 - 20 anos depois**. NAHAS, Thereza Christina(Org.); PADILHA, Norma Sueli(Org.); MACHADO, Edinilson Donisete(Org). Rio de Janeiro: Campus, 2010.