

ENSINO PÚBLICO SUPERIOR: POLÍTICA PÚBLICA OU DIREITO FUNDAMENTAL?

HIGER PUBLIC EDUCATION: POLICY OR FUNDAMENTAL RIGHT?

Almir Megali Neto ^{1*}

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira ^{2*}

RESUMO

O objetivo deste artigo é refletir sobre o status do ensino público superior no sistema constitucional brasileiro, se uma política pública ou um direito fundamental. O texto partirá do Parecer elaborado pelo Deputado Federal Kim Kataguiri à constitucionalidade da Proposta de Emenda à Constituição n. 206/2019. Referida Proposta de Emenda à Constituição pretende instituir o dever das universidades públicas cobrarem mensalidades pelos cursos de graduação àqueles discentes que puderem pagá-las. Pretende-se demonstrar que o Parecer do Deputado Federal Kim Kataguiri à Proposta de Emenda à Constituição n. 206/2019 procura contornar a rigidez constitucional para apresentar uma fundamentação que torne referida proposta legislativa compatível com a Constituição. O artigo se encerrará com um convite a se pensar as relações que se estabelecem entre constitucionalismo e sistema de produção capitalista no interior de uma proposta de Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade. A metodologia utilizada é a revisão de literatura.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Ensino público superior; PEC n. 206/2019.

ABSTRACT

The aim of this paper is to reflect on the status of higher public education in the Brazilian constitutional system, if it is a policy or a fundamental right. The text will start from the Opinion prepared by Federal Deputy Kim Kataguiri on the constitutionality of the Proposed Amendment to the Constitution n. 206/2019. The aforementioned Proposal for Amendment to the Constitution intends to establish the duty of public universities to charge fees for undergraduate courses to those students who are able to pay them. It is intended to demonstrate that the Opinion of Federal Deputy Kim Kataguiri to the Proposed Amendment to the Constitution n. 206/2019 seeks to circumvent the constitutional rigidity to present a reasoning that makes this legislative proposal compatible with the Constitution. The article will end with an invitation to think about the relationships that are established between constitutionalism and the capitalist production system within a proposal of Constitutional Theory as Theory of Society. The methodology used is the literature review.

^{1*} Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo e Aprendizagem Social (CONAPRES-UFMG), ao Núcleo de Estudos Constitucionalismo e Aprendizagem Social (NECONS-UFMG) e ao Grupo de Estudos Teoria Crítica e Constitucionalismo (UFMG). E-mail: almir_megali@hotmail.com.

^{2*} Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Doutorado em Teoria do Direito pela Università degli Studi di Roma Tre. Bolsista de Produtividade do CNPq (1D). Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: mcattoni@gmail.com.

Key-words: Fundamental rights; Higher public education; PEC n. 206/2019.

INTRODUÇÃO

Tramita perante a Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição n. 206 de 2019 (PEC n. 206/2019). Apresentada pelo Deputado Federal General Peternelli, a proposta pretende instituir o dever das universidades públicas cobrarem mensalidades pelos cursos de graduação àqueles discentes que puderem pagá-las. Para atingir esse objetivo, a medida propõe a alteração do artigo 206, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como a criação de um parágrafo 3º, ao artigo 207, também da CRFB/88.

O inciso IV, do artigo 206, da CRFB/88, que atualmente dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, passaria a estar condicionado à regra estabelecida pelo artigo 207, parágrafo 3º, da CRFB/88, cuja redação seria conferida pela própria PEC n. 206/2019. O novo dispositivo constitucional que a PEC n. 206/2019 pretende acrescentar ao texto constitucional, por sua vez, determinaria às instituições públicas de ensino superior o dever de cobrar mensalidades para custeio próprio, garantindo-se a gratuidade àqueles que não tiverem recursos suficientes, mediante comissão de avaliação da própria instituição e respeitados os valores mínimo e máximo definidos pelo órgão ministerial do Poder Executivo.³

Na data de fechamento deste texto, a PEC n. 206/2019 está pronta para entrar na pauta de votações na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Até o presente momento, a medida conta com Parecer favorável à sua admissibilidade no âmbito da referida Comissão, de autoria do Deputado Federal Kim Kataguiri. O Parecer elaborado por Kataguiri levanta importantes questões acerca do status a ser conferido ao ensino público superior no Brasil: se uma mera política pública ou se um direito fundamental. Nesse sentido, o objetivo deste artigo consistirá, inicialmente, em apresentar os argumentos utilizados por Kataguiri para justificar a constitucionalidade da proposta. Posteriormente, serão levantadas críticas à fundamentação utilizada pelo Deputado em seu Parecer para rebaixar o status de um direito fundamental, como o é o ensino público superior no atual sistema constitucional brasileiro, a uma mera política pública.

Pretende-se demonstrar que o Parecer do Deputado Federal Kim Kataguiri à PEC n. 206/2019 procura contornar a rigidez constitucional para apresentar uma fundamentação que torne referida proposta legislativa compatível com a Constituição. Em primeiro lugar, ao equiparar mudança constitucional à violação da Constituição. Em segundo lugar, em seu esforço para rebaixar o status dos direitos sociais a meras políticas

³ A íntegra da PEC n. 206/2019, bem como sua justificativa encontram-se disponíveis em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839016&filename=PEC+206/2019. Acesso em: 25 mai. 2022.

públicas. Em terceiro lugar, pelo socorro ao manejo da categoria conceitual do núcleo essencial para tentar permitir a promulgação de uma proposta de emenda à Constituição tendente a abolir um direito fundamental. Por fim, o artigo se encerrará com um convite a se pensar as relações que se estabelecem entre constitucionalismo e sistema de produção capitalista no interior de uma proposta de Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade. Por se tratar de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, a metodologia utilizada é a revisão de literatura.

O Parecer do Deputado Federal Kim Kataguiri à PEC n. 206/2019

O Deputado Federal Kim Kataguiri inicia sua argumentação de uma forma um tanto quanto curiosa. Segundo o Deputado, “se a PEC pretende alterar o texto da Constituição Federal, é evidente que o texto que ela propõe é incompatível com o atual texto; do contrário, não seria necessária nenhuma mudança”.⁴

Após fixar essa premissa, o Deputado Federal Kim Kataguiri prossegue para constatar o preenchimento dos requisitos formais e circunstanciais de admissibilidade de tramitação pela proposta (art. 60, §§ 1º a 3º, da CRFB/88). Posteriormente, Kataguiri analisa a compatibilidade da PEC n. 206/2019 com as limitações materiais impostas ao poder constituinte derivado reformador pelo art. 60, § 4º, da CRFB/88, as chamadas cláusulas pétreas.

De início, afirma não vislumbrar hipótese de violação ao voto direto, secreto, universal e periódico, uma vez que a PEC n. 206/2019 não trataria de matéria eleitoral. Também não vislumbrou ofensa ao princípio da separação de poderes, porque referida proposta trata de matéria estranha à sua organização. A medida tampouco violaria a forma federativa de Estado. Por fim, apresenta os argumentos com base nos quais sustenta que a PEC n. 206/2019 não fere os direitos e garantias individuais, sendo esta, inclusive, a parte mais extensa do Parecer.

Para tanto, Kataguiri afirma que a educação não seria direito individual, mas social. Nessa qualidade, ela não estaria protegida pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88, que, expressamente, inclui apenas “os direitos e garantias individuais” entre as cláusulas pétreas. Para sustentar seu posicionamento, o Deputado afirma que:

Direito social não é cláusula pétrea, nem faria sentido que fosse, porque, constituindo os direitos sociais prestações positivas do Estado, é natural que eles sejam modificados e adaptados conforme a situação econômica e social do país se altere. Ao contrário, os direitos individuais, que constituem prestações negativas, não se alteram a depender do desenvolvimento econômico e social do país.⁵

⁴ KATAGUIRI, Kim. Parecer do Relator n. 2 CCJC à PEC n. 206/2019, p. 2. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2173079&filename=Tramitacao-PEC+206/2019. Acesso em 25 mai. 2022.

⁵ Ibid., p. 3.

O Deputado reconhece que a jurisprudência do STF já declarou que os direitos protegidos pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88, não são apenas “os direitos e garantias individuais”, do art. 5º, da CRFB/88, havendo direitos cobertos pela referida cláusula pétrea em outros dispositivos do texto constitucional. Porém, segundo Kataguiri, esse não seria o caso da norma constitucional que assegura a gratuidade do ensino superior, pois, conforme sua interpretação, a gratuidade do ensino superior não seria um direito fundamental reconhecido pela atual ordem constitucional, mas apenas e tão somente uma política pública. Nessa qualidade, enquanto uma simples política pública, a gratuidade do ensino superior poderia ser revista e alterada pelas maiorias políticas de ocasião. Sua irreversibilidade seria, para o Deputado, antidemocrática.

Há mais. A despeito do fato do STF entender que os direitos individuais não são apenas aqueles que constam do art. 5º da Constituição Federal, a norma que garante gratuidade ao ensino superior não visa garantir o direito individual de um estudante específico, mas uma política pública que, como toda política pública, pode ser alterada e adaptada. Se entendêssemos que qualquer política pública garantidora de direitos é direito individual - afinal, mesmo que a política garanta o direito a um grupo, como ocorre no caso em que o direito dos estudantes à gratuidade é garantido, ela sempre garante, ao fim e ao cabo, o direito de um indivíduo - estaríamos defendendo, na verdade, um retrocesso democrático, porque um governo e um Congresso legitimamente eleitos não poderiam alterar dita política, mesmo que uma maioria qualificada (de três quintos) dos representantes do povo assim quisessem. Se assim fosse, uma ideologia - aquela que favorece a dita política pública - estaria protegida de quaisquer mudanças, por mais que tais mudanças fossem feitas pela via institucional e democrática.⁶

Na sequência, o Deputado reconhece haver autores que, apesar de reconhecerem os direitos sociais como cláusulas pétreas, admitem a possibilidade de emenda constitucional restringir o sentido e o alcance do ensino público superior no Brasil. Com apoio na doutrina de Ingo Sarlet e Luís Roberto Barroso, Kataguiri reconhece que uma medida com esse teor não afrontaria o direito fundamental ao ensino público superior no país, pois, mesmo que referido direito fosse considerado um direito fundamental e não uma simples política pública, como por ele defendido em seu Parecer, ainda assim, uma tal proposta de emenda à Constituição, não atingiria o núcleo essencial da cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88.

Dessa forma, seria possível sustentar a constitucionalidade da PEC n. 206/2019, mesmo para aqueles e aquelas que entendam que não apenas os direitos individuais estariam protegidos pelos limites materiais ao poder constituinte derivado reformador. Com apoio nas posições de Sarlet e Barroso, Kataguiri conclui que o núcleo essencial da gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais abrangeria apenas o ensino fundamental, ressaltando, contudo, seu entendimento pessoal no sentido de que os direitos sociais não são cláusulas pétreas.

⁶ Ibid., p. 3-4.

O núcleo do direito fundamental social à educação é, portanto, a educação gratuita de ensino fundamental, porque é este tipo de educação que permite que a pessoa tenha sua formação básica e ascenda aos outros níveis de ensino. No ensino superior, o aluno já é adulto e muitas vezes pode conciliar trabalho e estudo. É verdade que há casos de alunos no ensino superior em condição de pobreza - e estes devem continuar a ter o benefício da gratuidade - mas permitir que o Estado cobre mensalidades em cursos superiores dos alunos abastados nem de longe altera o núcleo do direito fundamental social à educação.

Mesmo que adotemos, portanto, a teoria da vedação do retrocesso e que entendamos que os direitos sociais são cláusulas pétreas - o que eu não faço - a presente PEC ainda é plenamente viável.

Não vejo, portanto, qualquer vulnerabilidade ao art. 60 §4º, IV da Constituição Federal, motivo pelo qual afirmo que não há inconstitucionalidade material.

Ante o exposto, voto pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da PEC 206/2019.⁷

Com base nessa ordem de argumentação, o Deputado Federal Kim Kataguiri votou pela constitucionalidade da PEC n. 206/2019. Nas seções seguintes deste texto, serão realizadas observações críticas aos fundamentos apresentados por Kataguiri para sustentar a compatibilidade da PEC n. 206/2019 com a Constituição.

Alteração da Constituição é equivalente à violação da Constituição?

Como visto anteriormente, o Parecer elaborado pelo Deputado Federal Kim Kataguiri à PEC n. 206/2019 parte da premissa segundo a qual qualquer alteração da Constituição significaria violação da Constituição. Ou seja, para o Deputado, qualquer proposta de emenda constitucional, por si só, já seria inconstitucional, tão somente por pretender realizar uma alteração do texto constitucional. Nesses termos, conforme Kataguiri, a simples alteração do texto constitucional seria equivalente à violação da Constituição.

Ora, se as coisas realmente assim o são, como afirma o Deputado, então, sequer haveria razões para justificar a função por ele desempenhada, enquanto relator da PEC n. 206/2019 perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, bem como para justificar a existência desta própria Comissão, pois, se toda e qualquer proposta de emenda à Constituição fosse por si só “contrária” à Constituição tão somente por pretender alterá-la, logo, não seria preciso elaborar um Parecer para verificar a compatibilidade formal e material dessas propostas com o texto constitucional e, mais ainda, sequer seria necessária a existência de uma comissão permanente destinada à verificação da admissibilidade de propostas de emendas à Constituição tendo como parâmetro a própria Constituição.⁸

Ao prosseguir na análise da compatibilidade da referida proposta com a Constituição, portanto, o Deputado incorre na mais absoluta contradição performativa. Para ser coerente com a sua premissa, bastaria a Kataguiri sugerir que a proposta tivesse

⁷ Ibid., p. 9

⁸ Sobre o papel da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, cf. art. 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

seu mérito apreciado diretamente pelos seus pares, apenas segundo critérios de conveniência e oportunidade política.

Contudo, caso o fizesse, por um passe de mágica, a Constituição transformar-se-ia em uma constituição flexível, que não estabelece limitações materiais e formais para a sua alteração. Nesse contexto, sim, seria dispensável a verificação da compatibilidade da PEC n. 206/2019 com a Constituição. Não sendo este o caso, então, essa análise não é dispensável. E não é dispensável pela simples razão de que, mesmo a contragosto de alguns, esta Constituição e seu conteúdo compromissório e sócio-econômico ainda gozam de supremacia. Supremacia que pressupõe rigidez constitucional para a proteção da própria Constituição em face de investidas majoritárias ocasionais contra o seu texto. Supremacia e rigidez constitucional que, afinal, na tradição do constitucionalismo, são os pressupostos de legitimação do controle de constitucionalidade por órgãos judiciais e não judiciais, como, aliás, é o caso da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.⁹

Como nos lembra Raul Machado Horta, a permanência é a ideia inspiradora do constitucionalismo moderno.¹⁰ Nesse sentido, constituições são feitas para durar. No entanto, na tradição do constitucionalismo moderno, da mesma forma que a alteração de uma constituição não é o mesmo que violação aos seus próprios termos, permanência, não é o mesmo que imutabilidade das constituições. Por um lado, há a necessidade de preservação da constituição em face de eventuais investidas realizadas por majorias ocasionais e, por outro, há a exigência de garantia da abertura ao futuro do projeto constituinte.¹¹ Em sendo assim, em sistemas constitucionais rígidos, como o é o de 1988, alteração do texto constitucional não é, e nem pode ser, equiparável à violação da Constituição. A equiparação de ambos, talvez, revele a pré-compreensão dos favoráveis à PEC n. 206/2019, funcionando mais como ato falho antes de qualquer outra coisa.

O status do ensino público superior na Constituição de 1988: política pública ou direito fundamental?

Após fixar de uma maneira um tanto quanto questionável a premissa que fundamenta o seu Parecer à PEC n. 206/2019, qual seja, a de que qualquer proposta de emenda à Constituição é equivalente à violação da própria Constituição, o que, por certo, é frontalmente contrário à rigidez constitucional pelas razões apresentadas na seção anterior deste artigo, o Deputado Federal Kim Kataguirí prossegue para analisar a

⁹ Classifica-se, em doutrina, a atividade realizada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados como controle de constitucionalidade político, já que realizado por um órgão que não integra a estrutura organizacional do Poder Judiciário, e preventivo, por ser realizado antes da entrada em vigor do ato normativo objeto de controle. Sobre isso, cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 1994.

¹⁰ HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. In. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 115, Jul. - Set. 1992, p. 5.

¹¹ Sobre isso, cf. CATTONI DE OLIVEIRA. *Teoria da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021a, p. 140-141.

compatibilidade material da proposta. Inicialmente, seu argumento procura classificar o ensino público superior não como direito fundamental, mas como mera política pública.

Esse argumento, contudo, não é inédito na doutrina constitucional brasileira. Durante a década de 1990, muito se discutiu a respeito de quais direitos e garantias fundamentais estariam protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, afirmava que a expressão “direitos e garantias individuais”, do mencionado dispositivo constitucional, indicaria a vontade do constituinte em conferir proteção aos assim, por ele denominados, direitos fundamentais de primeira geração. Da sua perspectiva, a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, não parece abranger os direitos sociais, pois os direitos sociais podem se revelar dispensáveis ou suscetíveis de atualização no curso do desenvolvimento constitucional, enquanto que, os direitos individuais são apanágio do Estado de Direito, revelando-se, na sua essência, duradouros ou permanentes. Ou seja, àquele tempo, para Mendes, os direitos ditos de primeira geração se diferenciariam dos direitos de segunda geração por um prisma estritamente material ou ontológico, na medida em que esses direitos estariam mais voltados para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*.¹²

Assim como esse argumento não é inédito na história constitucional brasileira, ele também não é uma peculiaridade nacional. Como bem demonstra Carlos Miguel Herrera, a doutrina constitucional europeia é majoritária ao sustentar que os direitos sociais não seriam autênticos direitos, pois não seriam exigíveis perante os tribunais, justamente porque seriam expressão de fins e objetivos a serem alcançados pelo Estado. Daí, segundo o autor, ser comum identificar distinções entre direitos de liberdade e direitos de crédito, os primeiros implicando mera abstenção do Estado e os segundos implicando prestações materiais. Por essa razão, costuma-se dizer que os direitos sociais não seriam direitos fundamentais semelhantes aos direitos individuais, já que para serem efetivados demandariam prestações positivas estatais. A partir da recuperação da história da constitucionalização desses direitos, o autor demonstra que não há uma natureza própria dos direitos sociais distinta da natureza dos direitos individuais. Assim, as dificuldades impostas ao reconhecimento do seu caráter normativo seriam produto de uma construção histórica e também política.¹³

Como destaca Gilberto Bercovici, em verdade, desde que o Brasil ingressou no chamado “constitucionalismo social”, com a promulgação da Constituição de 1934, há um constante esforço para deslegitimar o conteúdo social expresso pelas constituições democráticas brasileiras, a partir da noção de norma constitucional programática.¹⁴ Muito embora Kataguirí não tenha se valido dessa construção teórica para fundamentar o Parecer favorável à PEC n. 206/2019, parece inegável que sua pretensão é a mesma daqueles que se valem da noção de normas constitucionais programáticas para bloquear

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. In. *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 21, out./dez., 1997, p. 85-88.

¹³ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y derechos sociales. In. *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia*, set. 2015, p. 75-92.

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto. A Persistência das “Normas Programáticas” no Debate Constitucional Brasileiro. In. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 22, p. 671, 2019.

a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais: o esvaziamento da força normativa do conteúdo compromissório e sócio-econômico das normas constitucionais, rebaixando o seu status de direitos fundamentais a meras intenções políticas ou ideológicas que, enquanto tais, poderiam ser revistas ou simplesmente não cumpridas. Portanto, não como normas constitucionais propriamente ditas, mas como programas de ação, diretrizes a serem alcançadas, porém, desprovidas de qualquer caráter deontológico, funcionando mais como um convite à ação do que como uma obrigação de agir, enfim, criando um espaço para livre conformação dos agentes políticos e não podendo ser diretamente aplicadas pela jurisdição constitucional.

Ainda segundo Gilberto Bercovici, a noção de norma constitucional programática foi desenvolvida com maior profundidade na Itália, com os trabalhos de Vezio Crisafulli, no contexto dos debates em torno da concretização da Constituição italiana de 1947. Àquele tempo, a noção de norma constitucional programática foi importante, pois, na pena de Crisafulli, importava reconhecer o caráter jurídico-normativo dos dispositivos sociais da Constituição italiana de 1947. Como autênticas normas jurídicas, essas normas constitucionais expressas pelos dispositivos sociais da Constituição de 1947 poderiam ser aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário aos casos concretos levados à sua apreciação. No Brasil, apesar da repercussão da recepção das ideias de Crisafulli, o resultado prático da aplicação dessa teoria se deu justamente em uma direção oposta à imaginada por Crisafulli, assim como na Itália. Bercovici destaca que, no Brasil, norma constitucional programática passou a ser sinônimo de norma constitucional desprovida de força normativa, isto é, não vinculante ao legislador e ao administrador, bem como impassível de ser aplicada diretamente pelo Poder Judiciário aos casos concretos levados à sua apreciação, servindo, em suma, para bloquear a concretização das normas constitucionais e dos direitos sociais.¹⁵

Nesses termos, a tentativa de rebaixamento do status de um direito fundamental social a uma mera diretriz política desprovida de qualquer força deontológica possui uma história. Uma história de disputa sobre o sentido dos próprios direitos fundamentais sociais e do papel do Estado diante da realidade política e social, que, imantada pelas concepções político-ideológicas dos envolvidos nesse debate, coloca a questão sobre o sentido *de* e *da* constituição no centro do debate jurídico-político. Como afirma Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, essa observação

[...] pretende servir para mostrar como a discussão sobre o que é o direito e para que ele serve, o que é o Estado e para que ele serve, quais são as funções do Estado e quais são as funções do direito, etc. está expressamente entrelaçada, a partir do contexto histórico, como um problema não apenas epistemológico, mas a exigir o reconhecimento de suas fortes implicações político-jurídicas, especialmente da perspectiva dos próprios participantes.

Ou seja, trata-se de um problema que diz respeito, afinal, acerca de quais são as tarefas de uma Teoria do Direito e quais são as tarefas de uma Teoria da

¹⁵ Ibid., p. 672-673.

Constituição e da Teoria do Estado, um problema que possui implicações sobre o sentido do desafio posto na e pela própria ação política e jurídica.¹⁶

Voltando ao Parecer de Kataguiri à PEC n. 206/2019, constata-se que a afirmação segundo a qual os direitos e garantias fundamentais de primeira geração mereceriam proteção especial quando comparados aos direitos de segunda geração, pois aqueles, diferentemente destes, teriam uma espécie de sentido normativo que supostamente se manteria imutável com o passar dos anos, também é um tanto quanto questionável. Basta ter como exemplo a ampla transformação de sentido pela qual os direitos à igualdade e à liberdade, bem como à propriedade passaram no decorrer da história constitucional estadunidense, a partir do julgamento, por parte da Suprema Corte daquele país, de casos como *Dred Scott v Sandford*, *Plessy v Ferguson* e *Brown v Board of Education*. Nesse sentido, o argumento que sustenta uma suposta essência permanente e universal dos “direitos individuais” não resiste a uma simples análise histórica da própria interpretação conferida a eles.

Essa compreensão acerca dos direitos fundamentais ditos de primeira geração também expressa um profundo déficit ao não saber lidar adequadamente com o acréscimo do rol de direitos fundamentais promovidos quando da passagem do paradigma do Estado Liberal para o paradigma do Estado Social. Esse acréscimo não foi um mero alargamento da tábua de direitos então reconhecidos, sobretudo porque, para além da incorporação de novos direitos, como os direitos sociais, culturais e econômicos, houve também uma redefinição do sentido daqueles antigos direitos liberais. Nesse novo contexto, esses clássicos direitos, assim chamados de direitos individuais, passam a ter uma função explícita do ponto de vista da sua sociabilidade. A partir de então, passam a ser direitos que se exercem socialmente. São direitos que exigem condições econômicas, sociais e culturais para o seu exercício. Essas condições são justamente garantidas por meio de legislação social e econômica, por políticas sociais e econômicas prestadas pelo Estado que assume novas funções.¹⁷

Dessa forma, direitos de gerações distintas, como o são, por um lado, os direitos de liberdade, propriedade e igualdade, e, por outro, os direitos sociais, econômicos e culturais, não são direitos cuja proteção exclui a tutela dos demais, como o faz parecer a leitura tradicional da classificação histórica dos direitos fundamentais.¹⁸ É preciso reconhecer os nexos de sentido que se estabelecem entre o sistema jurídico e o seu ambiente social. Isto é, entre a perspectiva empírica do historiador-observador e a perspectiva normativa do operador-teórico-pragmático do Direito. De um ponto de vista reconstrutivo, é preciso restabelecer a tensão entre ambas as perspectivas de análise para que não se perca de vista a perspectiva da história compreendida como um processo de aprendizagem social de longo prazo que possibilita reconstruir as disputas interpretativas com sentido normativo sobre o sentido dos direitos fundamentais e das

¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021b, p. 64-65.

¹⁷ Ibid., p. 27-68.

¹⁸ Para a leitura tradicional da classificação histórica dos direitos fundamentais, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560-578.

funções que lhe são atribuídas em dado contexto histórico no momento de aplicação do próprio Direito.¹⁹

Com isso, cai por terra o argumento de que os direitos individuais seriam superiores aos direitos sociais, pois, ao contrário destes, não exigiriam uma prestação positiva por parte do Estado, conservando um suposto sentido universal e independente das condições sociais e econômicas de cada momento histórico. Essa leitura, é bom que se diga, tem sido criticada até mesmo por uma chave de leitura liberal. É o caso, por exemplo, de Stephen Holmes e Cass Sunstein. Segundo os autores, seria um erro acreditar que qualquer direito fundamental possa ser usufruído sem custo algum, mesmo se tratando dos direitos de liberdade, propriedade e igualdade, os quais, supostamente, exigiriam apenas uma abstenção por parte do Estado.²⁰ Para Holmes e Sunstein, ainda que em uma chave de leitura eminentemente liberal, a abordagem sobre direitos deveria partir da seguinte premissa: toda liberdade tem um custo público.²¹ Interessantemente, referindo-se especificamente ao direito à educação pública, os autores afirmam categoricamente que a boa educação é uma pré-condição para muitas outras coisas e tem tanto um valor intrínseco quanto um valor instrumental, de modo que gastos públicos substanciais se justificariam nessa área, pois criariam e estabilizariam condições propícias ao autodesenvolvimento individual e à coexistência e cooperação coletivas.²²

Mas não é só. A tentativa de rebaixar o status de direito fundamental do ensino público superior encontra obstáculo no próprio texto constitucional. Como se sabe, a educação é um direito fundamental garantido pelo art. 6º, *caput*, da CRFB/88. Seu sentido é densificado nos artigos 205 a 214, do Título destinado à Ordem Social do texto constitucional, dentre os quais, lê-se, no art. 206, inciso IV, da CRFB/88, que o ensino será ministrado, dentre outros, com base no princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Para contornar essa vedação constitucional, Kataguiri se vale da categoria conceitual do núcleo essencial das cláusulas pétreas. É sobre a análise desse argumento que se deterá a próxima seção deste trabalho.

O cinismo constitucional contra o ensino público superior

Em seu Parecer à PEC n. 206/2019, Kataguiri defende a tese de que os direitos sociais não seriam autênticos direitos fundamentais, razão pela qual não estariam protegidos pelas cláusulas pétreas. Mas, em contrapartida, reconhece haver posições doutrinárias que sustentam o contrário, isto é, que os direitos sociais seriam direitos fundamentais e, enquanto tais, seriam protegidos da ação do poder constituinte derivado reformador pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/88, valendo-se, para tanto, da doutrina de Luís Roberto Barroso e Ingo Sarlet. Para esses autores, ao contrário de Kataguiri, pelo

¹⁹ Para uma crítica nesse sentido, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 135-155.

²⁰ HOLMES; Stephen; CASS, Sunstein. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2019, p. 17.

²¹ *Ibid.*, p. 187

²² *Ibid.*, p. 197.

menos em princípio, emendas constitucionais que pretendam restringir ou abolir os direitos sociais seriam inconstitucionais.

Contudo, no que se refere à constitucionalidade da possibilidade de cobrança de mensalidade nas universidades públicas, Kataguiri, Sarlet e Barroso estão de acordo. E mais, estão de acordo valendo-se do mesmo instrumental teórico, a saber, a categoria conceitual do núcleo essencial. Nesse instante, constata-se uma situação curiosa e muitas vezes não problematizada pela doutrina constitucional e pelo debate realizado na esfera pública em geral: o que é a categoria conceitual do núcleo essencial das cláusulas pétreas? Qual o conceito *de* e *da* Constituição por ela pressuposto? Essa compreensão *de* e *da* Constituição, é adequada a um Estado Democrático de Direito? Por que essa categoria conceitual permite a Barroso, Sarlet e Kataguiri concordarem com a possibilidade de cobrança de mensalidade nas universidades públicas?

A categoria conceitual do núcleo essencial das cláusulas pétreas, no debate constitucional brasileiro, é uma construção em parte jurisprudencial e em parte doutrinária, destinada a estabilizar a tensão entre permanência e mudança constitucional. Costuma-se dizer que o que fica protegido da ação reformadora do poder constituinte derivado é apenas o núcleo essencial dos princípios enunciados pelas cláusulas pétreas. Sendo assim, os dispositivos constitucionais protegidos pelas cláusulas pétreas teriam áreas nucleares essenciais e não essenciais. As primeiras não poderiam ser restringidas ou abolidas, enquanto as segundas sim, pois, se o núcleo essencial dos dispositivos constitucionais protegidos por essas cláusulas fosse atingido para restringi-lo ou aboli-lo, atingir-se-ia a própria Constituição, ferindo-a de morte.

No julgamento da medida cautelar no mandado de segurança n. 23.047, pelo Supremo Tribunal Federal, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, expressamente aderiu ao entendimento segundo o qual as limitações materiais ao poder constituinte derivado reformador não vedariam toda e qualquer alteração dos dispositivos protegidos por essas cláusulas, mas, apenas e tão somente, alterações que tendessem a abolir seu núcleo essencial. Temendo que uma interpretação expansiva dessas cláusulas ao invés de proteger a Constituição poderia motivar irrupções revolucionárias, Pertence optou pela distinção entre áreas nucleares essenciais e não essenciais das cláusulas pétreas.²³ Desde então, esse argumento vem sendo utilizado pelo Tribunal para fundamentar o controle jurisdicional de constitucionalidade de emendas e propostas de emendas à Constituição.²⁴

A doutrina constitucional brasileira também concorda esse entendimento. Pelo menos desde a década de 1950, com a publicação da primeira edição da obra *O poder de reforma constitucional*, de Nelson de Sousa Sampaio, a categoria conceitual do núcleo essencial é manejada para justificar a limitação do alcance das cláusulas pétreas.²⁵ Na década de 1990, essa discussão ressurgiu com autores como Manoel Gonçalves Ferreira

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.047. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 11/02/1998. DJ: 14/11/2003.

²⁴ BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 2162.

²⁵ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954.

Filho,²⁶ Flávio Novelli²⁷ e Gilmar Ferreira Mendes,²⁸ defendendo a existência de áreas nucleares essenciais e não essenciais das cláusulas pétreas. Mais recentemente, Bernardo Gonçalves Fernandes,²⁹ Luís Roberto Barroso,³⁰ Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento³¹ são apenas alguns dos muitos autores que também trabalham com essa categoria conceitual, sem maiores problemas, como ferramenta teórica apta a delimitar o sentido das cláusulas pétreas.

Em comum, tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto a doutrina constitucional brasileira, fundamentam esse entendimento a partir da distinção, própria da Teoria da Constituição de Carl Schmitt, entre constituição e leis constitucionais.³² De acordo com essa construção teórica, as leis constitucionais poderiam, sim, ser alteradas, enquanto a constituição propriamente dita, não. A constituição, que segundo Schmitt, seria a decisão política fundamental sobre o modo e a forma de existência da unidade política, não poderia ser alterada por emendas constitucionais, enquanto as leis constitucionais poderiam. É com base nessa construção teórica que doutrina e jurisprudência sustentam haver diferença entre as áreas nucleares essenciais e não essenciais das cláusulas pétreas. As primeiras, por consistirem matérias que conferem identidade à Constituição não poderiam ser restringidas ou abolidas por emendas constitucionais, as segundas, por não consistirem matérias essenciais, poderiam.

Essa construção teórica, todavia, não é isenta de problemas. Em primeiro lugar, ela é incompatível com um sistema de constituição rígida, como o estabelecido pela Constituição de 1988. Isso porque, ela cria uma hierarquia inexistente entre os dispositivos que integram o texto constitucional. Pois, se os dispositivos que integram o núcleo essencial das cláusulas pétreas não podem ser restringidos ou abolidos e os dispositivos que não pertencem à área nuclear essencial das cláusulas pétreas podem, então, quer dizer que há, no interior do próprio texto constitucional, dispositivos normativos de hierarquia distinta.

A incompatibilidade desse instrumental teórico com a Constituição de 1988 se torna ainda mais evidente quando se tem em vista que os dispositivos que regulamentam o processo legislativo de emenda à Constituição não mencionam em nenhum momento a existência de áreas nucleares essenciais e não essenciais das cláusulas pétreas. Além disso, referido posicionamento também é incompatível com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que reconhece haver no Brasil um sistema

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. In. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, out. – dez. 1995, p. 13-14.

²⁷ NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. In. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, jan. – mar. 1995, p. 45-49.

²⁸ MENDES, 1997, p. 45-49.

²⁹ FERNANDES, 2021, p. 150-154.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 194; p. 206.

³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 296-298.

³² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ciudad de México: Editora Nacional, 1996.

de constituição rígida e com base nesse sistema entende não haver hierarquia entre os dispositivos que integram a Constituição, sendo impossível sustentar, com base nas cláusulas pétreas, a tese de normas constitucionais superiores e inferiores.³³ Acontece que, como visto, por meio do manejo da categoria conceitual do núcleo essencial, é justamente isso que se permite.

Em segundo lugar, o entendimento adotado pelas práticas judicial e legislativa brasileiras, com abono de considerável parcela da doutrina constitucional pátria, segundo o qual haveria áreas nucleares essenciais e não essenciais das cláusulas pétreas é não apenas incompatível com o sistema de constituição rígida adotado no país, como também incompatível com a própria Teoria da Constituição de Carl Schmitt, comumente invocada para fundamentar o seu manejo. Para Schmitt, a constituição entendida como decisão política fundamental sobre a forma e a unidade política do Estado, não se confundindo com as leis constitucionais, jamais poderia ser guardada por um tribunal ou pelo parlamento.³⁴ O guardião da constituição seria o Presidente da República, aquele que assumiria o lugar dos antigos Reis nas formas de governo republicanas. O Presidente representaria a unidade do Estado e estaria acima das disputas entre partidos do parlamento, em certa medida reproduzidas nos tribunais.³⁵

Portanto, coerentemente com a proposta teórica de Schmitt, somente o Presidente da República poderia guardar a constituição nas situações de risco à constituição, isto é, de desintegração da unidade política do Estado. Transportando esse entendimento para o debate acerca das emendas constitucionais que potencialmente possam violar o núcleo essencial da Constituição de 1988, resta evidente que a proteção da Constituição nesses casos jamais poderia ser realizada pelo Congresso Nacional ou pelo Supremo Tribunal Federal, já que eles não estariam autorizados, legitimados e muito menos capacitados a proferir uma decisão unitária com a garantia requerida pela unidade política, isto é, a evitar a aniquilação da Constituição de 1988, seja pela sua destruição através de emenda constitucional, seja pela sua transformação em outra constituição também pela ação do poder constituinte derivado reformador.

Não que defendamos o uso desse instrumental teórico pelo Presidente da República, que, a não ser pela sua legitimidade ativa para apresentar propostas de emendas à Constituição, não participa do processo legislativo de reforma constitucional. Tal fato apenas conferiria coerência teórica interna ao argumento dos que se valem da categoria conceitual do núcleo essencial das cláusulas pétreas, mas não a tornaria adequada a um Estado Democrático de Direito, pelas razões que passamos a expor.

Em terceiro lugar, refletir sobre o sentido da Constituição de 1988 e da função normativa por ela desempenhada a partir da chave de leitura schmittiana implica reconhecer, mesmo que não explicitamente, a existência de uma ordem material,

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1996. DJ: 10/05/1996.

³⁴ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1983, p. 43-125.

³⁵ *Ibid.*, 213-251.

substancial e axiológica subjacente a essa mesma Constituição.³⁶ Assume-se, pois, uma compreensão antipluralista de democracia, reduzindo-a a uma instância plebiscitária de aclamação,³⁷ já que pensada a partir da lógica amigo e inimigo.³⁸ Perde-se de vista, assim, a possibilidade de qualquer mediação institucional que viabilize qualquer espécie de processo deliberativo na esfera pública política pela própria cidadania.

Se há qualquer dúvida quanto a isso, basta se perguntar quem está autorizado a acessar o chamado núcleo essencial da Constituição de 1988. Certamente, o preenchimento desse núcleo não está aberto à construção cidadã. Ele é revelado apenas e tão somente a partir das posições ideológicas e pessoais daqueles que se valem dessa categoria conceitual, sendo esta a razão pela qual Kataguirí, Sarlet e Barroso concordam com a possibilidade de cobrança de mensalidades no ensino público superior brasileiro, mesmo que os três não concordem com a tese de que os direitos sociais seriam cláusulas pétreas.

Essa compreensão, além de conferir um caráter existencial e decisionista ao poder constituinte, também contribui para o apagamento da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, podendo facilmente servir a dogmas autoritários.³⁹ Por essa razão, “não há, portanto, como pensar o constitucionalismo democrático com, mas somente contra Carl Schmitt”, pois “o constitucionalismo democrático é criticável, mas reconstrutivamente a partir de si mesmo e não a partir de pensadores autoritários como Carl Schmitt”.⁴⁰

Mesmo que se desconsiderem os argumentos acima expostos e se continue a pensar a partir da chave de leitura schmittiana de constituição, democracia e poder constituinte, ainda assim, a categoria conceitual do núcleo essencial não parece servir para justificar a mudança pretendida pela PEC n. 206/2019. É que já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o ensino público superior comporia o núcleo essencial da gratuidade de ensino de que trata o artigo 206, inciso IV, da CRFB/88, nos termos do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário n. 597.854.⁴¹

No caso, discutia-se a possibilidade de cobrança de mensalidade nos cursos de pós-graduação *lato sensu* pelas universidades públicas. Nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, o Tribunal entendeu pela possibilidade dessa cobrança a partir da distinção entre as atividades desempenhadas pelas instituições públicas de ensino superior: ensino, pesquisa e extensão. Ficou estabelecido que os cursos de pós-graduação *lato sensu* não seriam atividades típicas de ensino universitário e, por essa razão, as universidades

³⁶ SCHMITT, Carl. Legalidade e Legitimidade. In. AGUILAR, Héctor Orestes. *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 335.

³⁷ Id., 1996, p. 268-269.

³⁸ Id., 2001, p. 330-331.

³⁹ Para uma crítica à compreensão schmittiana do poder constituinte, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2021a, p. 133-134.

⁴⁰ DIAS ALVES, Adamo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. In. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 105, 2013, p. 270.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.854. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento: 26/04/2017. DJe: 21/09/2017, p. 57-58.

públicas, no exercício da sua autonomia universitária, poderiam decidir cobrar mensalidades aos seus alunos pela oferta dessas atividades. Para as atividades de ensino, como é o caso dos cursos de graduação, a gratuidade não poderia e não pode ser afastada, por exigência do art. 206, inciso IV, da CRFB/88.

Além da crítica ao recurso da categoria conceitual do núcleo essencial que pode e deve ser dirigida ao voto do Ministro Luiz Fux, com base nos argumentos apresentados acima, é preciso destacar, ainda, que a corrente majoritária formada nesse caso, seguindo os termos do voto do Ministro Edson Fachin, rompeu com o disposto no art. 207, *caput*, da CRFB/88. De acordo com o mencionado dispositivo constitucional, as universidades obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Indissociável quer dizer inseparável, aquilo que não se pode separar. O que fez o Tribunal foi justamente separar o inseparável: as atividades de ensino, das atividades de pesquisa e extensão, sendo, portanto, incompatível com o próprio texto constitucional.

Ressalvadas essas críticas, para a construção desse entendimento, foi importante o precedente firmado no Recurso Extraordinário n. 500.171, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a partir do qual se fixou o entendimento consagrado pela súmula vinculante n. 12, segundo a qual “a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.⁴² Nessa oportunidade, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o Tribunal entendeu que o ensino público gratuito não estaria restrito ao ensino fundamental ou médio, de modo que, independentemente da capacidade financeira dos estudantes, constitui dever do Estado garantir o acesso ao ensino superior, em suas diversas modalidades, tendo única e exclusivamente como critério a capacidade intelectual de cada um, vedando-se, portanto, a cobrança de taxas de matrícula, bem como de mensalidades, até mesmo a pretexto de subsidiar alunos carentes em seus cursos. Ademais, a possibilidade de a sociedade compartilhar com o Estado o financiamento dos cursos de graduação em estabelecimentos oficiais foi considerada inconstitucional por onerar duplamente a própria sociedade que já contribui para a manutenção desse serviço público essencial por meio do pagamento de impostos e passaria a custeá-lo também através do pagamento das taxas de matrícula e mensalidades.

Pois bem, já em sede conclusiva, se, por um lado, o recurso a uma categoria teórica cujas raízes se encontram na Teoria da Constituição de um autor como Carl Schmitt, reconhecidamente um dos principais juristas que conferiram apoio ao regime nazista de Adolf Hitler, por um Deputado Federal abertamente favorável à criação de um partido nazista no Brasil não é surpreendente,⁴³ por outro, devemos ficar atentos às novas formas de ataque ao conteúdo compromissório e sócio-econômico da Constituição de 1988.

Como destaca Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, no decorrer da década de 1990 e no início dos anos 2000, os grupos políticos que pretendiam esvaziar o sentido

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 500.171. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13/08/2008. DJ: 24/10/2008.

⁴³ Monark e Kim Kataguirí defendem a existência de partido nazista. *Nexo Jornal*, 2022. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/extra/2022/02/08/Monark-e-Kim-Kataguiri-defendem-exist%C3%Aancia-de-partido-nazista>. Acesso em: 25 mai. 2022.

compromissório, social e econômico da Constituição de 1988 apostavam em uma tendência de desvalorização da rigidez constitucional através de um duplo procedimento de reforma que facilitasse as alterações por eles pretendidas.⁴⁴ Agora, ao que parece, a estratégia que tem sido utilizada por esses grupos sugere que ao invés de atacar a rigidez constitucional por meio da alteração dos dispositivos constitucionais que regulam o processo de reforma, vale-se de uma interpretação que afaste a incidência desses limites. A tal finalidade, tem servido muito bem a categoria conceitual do núcleo essencial.

Nesse sentido, não se pode perder de vista a postura do cinismo constitucional, que, como afirmado por Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto, ainda persiste na tradição constitucional brasileira, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988. Essa postura fica clara quando se constata o esforço dos defensores da PEC n. 206/2019 em justificar a sua compatibilidade com a Constituição de 1988, por meio da categoria conceitual do núcleo essencial.

A partir dessa construção teórica, cria-se um mecanismo que permite não apenas delimitar o sentido das cláusulas pétreas, como também adequá-lo a uma determinada visão de mundo, tornando essas cláusulas compatíveis com uma ordem material, substancial e axiológica subjacente à Constituição e projetada por aqueles que, em virtude da posição que ocupam, sentem-se autorizados a não apenas criar um núcleo essencial para as cláusulas pétreas, mas também a preencher o seu sentido. Com isso, “não há mais momento constitucional. Todo momento da política é, potencialmente, um momento constitucional, o que conduz a um resultado: a dissipação da constituição como forma”. Dessa maneira, o que se tem é “um uso lamentável da doutrina constitucional contra ela própria”.⁴⁵

Considerações finais

Ante o exposto, acredita-se ter sido possível demonstrar como o Parecer do Deputado Federal Kim Katagiri à PEC n. 206/2019 procura contornar a rigidez constitucional para apresentar uma fundamentação que torne referida proposta legislativa compatível com a Constituição. Como se viu, a argumentação do Deputado procurou, em um primeiro momento, equiparar mudança constitucional à violação da Constituição. Posteriormente, esforçou-se em rebaixar o status dos direitos sociais a meras políticas públicas. Por fim, socorreu ao manejo da categoria conceitual do núcleo essencial para tentar permitir a promulgação de uma proposta de emenda à Constituição tendente a abolir um direito fundamental.

Para além de tudo isso, o Parecer do Deputado Federal Kim Katagiri à PEC n. 206/2019 também revela um conflito mais profundo. Conflito este que, segundo David F.

⁴⁴ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

⁴⁵ PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In. MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. 1ed. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, v. 1, p. 105.

L. Gomes,⁴⁶ pode ser traduzido nos termos de uma tensão entre expectativas normativas igualitárias e imperativos sistêmicos do modo de produção capitalista. Como bem destaca Gomes, essa tensão se revela nos momentos nos quais os avanços dos imperativos sistêmicos da economia capitalista ameaçam jogar por terra boa parte das conquistas históricas expressas em textos constitucionais pelo mundo, como é o caso da PEC n. 206/2019.

Nos termos do projeto teórico proposto por Gomes, o fato de as constituições modernas serem em parte expressão dos imperativos sistêmicos definidores do modo de produção capitalista é o que permite a presença de um conjunto de técnicas interpretativas que pretendem esvaziar seu conteúdo compromissório e sócio-econômico, ao argumento de que o que estão a fazer é oferecer uma leitura alternativa dessas mesmas constituições. É justamente isso que o faz o Deputado Federal Kim Kataguiri em seu Parecer à PEC n. 206/2019. Contudo, como uma constituição moderna não se limita apenas a refletir esses imperativos, nelas também se expressam expectativas normativas da própria sociedade sobre como o sistema produtivo deve se desenvolver à luz de compreensões de liberdade e igualdade dessa mesma sociedade.

Uma constituição, portanto, é ela mesma sintoma de aprendizado social e histórico e ao mesmo tempo um convite a novas aprendizagens históricas. Dessa forma, a sociedade pode mudar pensando sobre si mesma a partir da sua constituição. Assim, oferece-se uma chave de leitura que procura relacionar internamente ao próprio constitucionalismo as interações que se estabelecem entre uma constituição e o sistema econômico capitalista. Um ponto de partida para toda uma série de investigações que dizem respeito aos dilemas constitucionais do presente.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. A Persistência das “Normas Programáticas” no Debate Constitucional Brasileiro. In. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 22, p. 671-678, 2019.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 815*. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1996. DJ: 10/05/1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 23.047*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 11/02/1998. DJ: 14/11/2003.

⁴⁶ GOMES, David F. L. Para uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade: estudos preparatórios. v. 1. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 500.171*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13/08/2008. DJ: 24/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 597.854*. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento: 26/04/2017. DJe: 21/09/2017.

BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 2151-2170.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021b.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. *Teoria da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021a.

DIAS ALVES, Adamo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. In. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 105, 2013, p. 225-276.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GOMES, David F. L. Para uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade: estudos preparatórios. v. 1. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2022.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y derechos sociales. In. *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia*, set. 2015, p. 75-92.

HOLMES; Stephen; CASS, Sunstein. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2019.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. In. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 115, Jul. - Set. 1992, p. 5-25.

KATAGUIRI, Kim. Parecer do Relator n. 2 CCJC à PEC n. 206/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2173079&filenam e=Tramitacao-PEC+206/2019. Acesso em 25 mai. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. In. *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 21, out./dez., 1997, p. 69-91.

Monark e Kim Kataguiiri defendem a existência de partido nazista. *Nexo Jornal*, 2022. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/extra/2022/02/08/Monark-e-Kim-Kataguiiri-defendem-exist%C3%Aancia-de-partido-nazista>. Acesso em: 25 mai. 2022.

NOVELLI, Flávio Bauer. *Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93*. In. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, jan. – mar. 1995, p. 21-57.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO NETTO, Menelick. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In. MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). *Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica*. 1ed. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, v. 1, p. 97-109.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Salvador: Progresso, 1954.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Pedro de Veja. Madrid: Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Ciudad de México: Editora Nacional, 1996.

SCHMITT, Carl. Legalidade e Legitimidade. In. AGUILAR, Héctor Orestes. *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Data de Recebimento: 21/07/2022

Data de Aprovação: 18/10/2022