

Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas

Adriano Sant'Ana Pedra

Sumário

1. Introdução. 2. Rigidez e evolução constitucional. 3. As cláusulas pétreas na Constituição brasileira de 1988. 4. Acerca da (in)tangibilidade das cláusulas pétreas. 5. Conclusão.

1. Introdução

As transformações constitucionais são necessárias para acomodar a Constituição às mudanças ocorridas na sociedade. Algumas vezes, entretanto, elas encontram obstáculos em limites materiais estabelecidos pelo poder constituinte, as chamadas cláusulas pétreas. As cláusulas pétreas são consideradas classicamente como obstáculos intransponíveis em uma reforma constitucional, que só podem ser superados com o rompimento da ordem constitucional vigente, mediante a elaboração de uma nova Constituição.

Embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade. Para que a Constituição de 1988 alcance a longevidade que dela se espera, não se pode deixar que o hiato existente entre a Constituição e a sociedade exija a elaboração de um novo texto constitucional, evitando-se assim os desgastes e os riscos inerentes à substituição do ordenamento

Adriano Sant'Ana Pedra é Doutorando em Direito Constitucional (PUC/SP), Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (FDV), Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da FDV, Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES), Procurador Federal.

jurídico. Justifica-se assim o aprofundamento dos estudos sobre a possibilidade de realizar certas transformações constitucionais, apesar dos lindes impostos pelas cláusulas pétreas, quando tais mudanças forem necessárias para acompanhar a evolução da sociedade brasileira.

2. Rigidez e evolução constitucional

Um dos instrumentos para se alcançar a necessária estabilidade da Constituição é a rigidez constitucional, que está relacionada com as limitações do poder reformador, e que se revela um importante instrumento da limitação jurídica do poder. Uma Constituição rígida prevê um procedimento dificultado, em relação ao procedimento previsto para as leis infraconstitucionais, para a adição, supressão ou alteração de suas normas.

Mas a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos. Isso porque uma Constituição não é feita em um momento determinado, mas se realiza e efetiva-se constantemente. As mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade. Se a sociedade evolui, também o Estado deve evoluir¹.

“Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação. A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efecti-

vidade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as constituições são modificadas. Ou, doutro prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional” (MIRANDA, 1996, p. 129-130; 2002, p. 389).

As normas constitucionais não podem ser consideradas perfeitas e acabadas, estando constantemente em uma situação de mútua interação e dependência. Como diz Karl Loewenstein (1976), a Constituição é um organismo vivo. Cada Constituição integra tão-somente o *status quo* existente no momento de seu nascimento, não podendo prever o futuro.

“Cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma, y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada a través de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma, y está sometida constantemente al *panta rhei* heraclítico de todo o viviente” (LOEWENSTEIN, 1976, p. 164).

Assim, quando a Constituição é redigida inteligentemente, pode tentar levar em consideração, desde o princípio, necessidades futuras por meio de mecanismos cuidadosamente colocados. Entretanto, uma formulação demasiadamente elástica poderia prejudicar a segurança jurídica. A rigidez da Constituição importa em ser estabelecido um procedimento mais difícil para que ela seja modificada, a fim de que a Constituição não fique à mercê de modificações temerárias que visem a sua aniquilação ou até mesmo a substituição por outra.

No que concerne às cláusulas pétreas, é sabido que estas são concebidas para garantir o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, de forma ainda mais agravada. Entretanto, quando essas limita-

ções materiais impedirem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabarão por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestavam, uma vez que a ruptura do ordenamento far-se-á inevitável, daí decorrendo o abandono do texto constitucional e a instabilidade social. Explica Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 17) que a aplicação “ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade”. Dessa forma, paradoxalmente, as cláusulas pétreas, quando concebidas como absolutas, tornam-se obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional do que se promovendo alterações pontuais por meio de emendas constitucionais.

Nesse sentido, se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, essa rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição.

3. As cláusulas pétreas na Constituição brasileira de 1988

As Constituições republicanas brasileiras sempre tiveram um cerne imodificável constituindo a estrutura basilar do edifício jurídico, não podendo ser abalado por obra do poder reformador. As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em época vindoura.

O constituinte de 1988 buscou excluir determinadas matérias da incidência do poder de reforma. Tratou ele de delimitar quais dispositivos da Constituição podem ser atingidos pelo poder de reforma e quais são inatingíveis. Karl Loewenstein (1976, p. 189), ao tratar das disposições intangíveis de uma Constituição, que têm a finalidade de livrar determinadas normas constitucionais de qualquer modificação, distingue duas situações. Por um lado, existem medidas para proteger instituições constitucionais concretas – intangibilidade articulada. Por outro, há aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição que não devem estar necessariamente expressos em dispositivos ou em instituições concretas, sendo implícitos, imanentes ou inerentes à Constituição. No primeiro caso, determinadas normas constitucionais se subtraem de qualquer emenda por meio de uma proibição jurídico-constitucional, e, no segundo caso, a proibição de reforma se produz a partir do “espírito” ou *telos* da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional².

Todavia, devemos perquirir quais são as estruturas basilares de nossa ordem jurídica. “Aceitando-se a posição de alguns, o Direito Constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, ‘petrificado’ em razão das referidas cláusulas que enuncia o art. 60, §4º, da Lei Magna vigente” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 174). Trata-se de tema controvertido, em especial porque nem sempre as limitações materiais estão expressas no texto constitucional. Conforme se apresentem, tais limitações podem ser explícitas ou implícitas, às quais devem ser atribuídas a mesma força jurídica, assegurando à Constituição o mesmo nível de proteção.

A Constituição brasileira de 1988 ampliou sobremaneira o campo coberto pelas cláusulas pétreas em relação ao direito anterior, que apenas excluía do alcance do poder reformador a abolição da Federação e da República. As limitações materiais ex-

plicitas à atividade reformadora estão estabelecidas no artigo 60, §4º, do texto constitucional brasileiro. Referido dispositivo estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”. A nossa atual Constituição contém o rol mais extenso de limites materiais expressos no âmbito de nossa evolução constitucional. A Carta de 1824 não continha nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1891 (artigo 90, §4º) continha a proibição de abolição da República, da Federação e da igual representação dos Estados no Senado Federal³. A Constituição de 1934 (artigo 178, §5º) previa como limitações materiais expressas a República e a Federação. A Constituição de 1937 repetiu a de 1824, não apresentando nenhuma limitação material expressa. A Constituição de 1946 (artigo 217, §6º) novamente protegeu a República e a Federação, o que veio a ser mantido pela Constituição de 1967-69⁴.

O enunciado da norma contida no artigo 60, §4º, da CR, ao utilizar as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, quis preservar em qualquer hipótese o cerne da Constituição, vedando inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional, não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusula pétrea, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial.

Conforme o alcance dado à expressão “tendente a abolir”, seriam proibidas tanto as propostas de emendas constitucionais que lesem diretamente as cláusulas pétreas quanto as que prejudiquem indiretamente tais pontos⁵. Entretanto, a expressão “tendente a abolir” permite propostas de emendas que visem a ampliar as previsões constantes no §4º do artigo 60 da CR.

A doutrina majoritariamente ainda reconhece a existência de limitações implícitas, a despeito de importantes posicionamentos em sentido contrário, como o de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995). Em seu magistério, se a Constituição explicitou quais são os seus pontos intocáveis, pode-se questionar se é possível que haja cláusulas pétreas implícitas. “Difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade investigatória dos juristas” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 14).

Acerca das limitações implícitas, o magistério de Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 1049) faz distinção entre limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos, iminentes em uma ordem de valores pré-positiva. Mas ocorre que a doutrina não registra unanimidade acerca de quais seriam exatamente essas limitações implícitas. Nisso os limites expressos apresentam vantagem, pois o registro textual impede controvérsias a respeito de quais são os limites à reforma constitucional. Entretanto, não podemos nos abster de identificar os limites implícitos no direito constitucional pátrio. Nesse sentido, torna-se impossível proceder-se a uma reforma local ou, pelo menos, a uma reforma que implique a destruição da ordem constitucional, alterando a identidade da Constituição. Carl Schmitt (1996, p. 120) destaca que as decisões políticas fundamentais da Constituição são assuntos próprios do poder constituinte do povo e não pertencem à competência das instâncias autorizadas para reformar e revisar as leis constitucionais. Tal raciocínio faz Ingo Wolfgang Sarlet (2003b, p. 650) sustentar que todos os princípios fundamentais do Título I da Constituição brasileira de 1988 (artigos 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, porém, que boa parte deles já foi contemplada no rol do artigo 60, §4º, I a IV, da CR.

De acordo com a doutrina de Nelson de Sousa Sampaio (1994, p. 95-108), as normas constitucionais que estão, implicitamente, fora do alcance do poder de reforma podem ser classificadas da seguinte maneira: as que dizem respeito aos direitos fundamentais, as concernentes ao titular do poder constituinte, as relativas ao titular do poder reformador e as referentes ao processo da própria emenda ou revisão constitucional. Cumpre destacar que o poder reformador não pode restringir nem muito menos abolir o leque de direitos que se entenda como fundamentais, mas pode ampliá-los. Contemporaneamente, o respeito aos direitos fundamentais como limitação ao poder reformador passa a ser defendido sob os postulados do direito internacional, que, para Edvaldo Britto (1993, p. 98), “são limites transcendentais à ordem constitucional positivada e, assim, são eficazes na limitação do exercício da competência reformadora”⁶. O poder reformador também não pode alterar as regras concernentes ao titular do poder constituinte, que é o povo. Sendo poder constituído, se o fizer, estará realizando uma verdadeira fraude à Constituição, haja vista que o poder reformador não foi estabelecido para mudar a Constituição em um ponto tão sensível. As normas referentes ao titular do poder reformador são irreformáveis porque ele não pode renunciar ou transferir um poder que lhe foi delegado pelo poder constituinte e que, dessa forma, não lhe pertence. O quarto limite implícito apontado por Nelson de Sousa Sampaio (1994) é a proibição da alteração das regras que disciplinam formalmente o procedimento da alteração constitucional⁷.

Sobre a impossibilidade de alterar-se o procedimento formal de mudanças na Constituição, convém trazer a tese de Alf Ross (2000, p. 106-107), para quem a alteração da regra reguladora da emenda à Constituição é um absurdo em lógica, consistindo no problema da auto-referência. A idéia desenvolvida por Alf Ross (2000) aponta que a reforma da norma constitucional que regula a

própria reforma, além de implicar uma inferência na qual a conclusão contraria uma de suas premissas, importa também em conferir à norma sobre reforma uma auto-referência inadmissível logicamente.

Verifica-se que a maioria dos autores entre nós reconhece um limite implícito impedindo alterações, ou pelo menos supressão, das normas que contêm os limites explícitos à reforma da Constituição⁸. Dessa forma, pode também ser apontada como uma limitação implícita aquela atinente à supressão do próprio artigo 60, §4º, da CR. Outra vedação implícita é a de reforma constitucional que diminua a competência dos Estados-membros⁹, pois isso tenderia a abolir a Federação. Também é vedada implicitamente alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos. Também estariam fora do alcance do poder de reforma as normas constitucionais concernentes ao titular do poder constituinte – visto que uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder constituinte, que cria o próprio poder reformador –, as referentes ao titular do poder reformador – porque seria despropósito que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário – e as relativas ao processo da própria emenda – admitindo quando se tratar de tornar mais difícil o seu processo, mas não quando vise a atenuá-lo (SILVA, 2002, p. 68). Igualmente devem ser consideradas limitações materiais a forma de governo republicana e o sistema presidencialista (HORTA, 1995, p. 95-96; 2002, p. 88, 114), uma vez que correspondem à vontade expressa e diretamente manifestada do titular do poder constituinte, com base na consulta popular efetuada em 21 de abril de 1993, que cancelou tal cláusula de provisoriedade.

Existe ainda uma parte da doutrina (SARLET, 2003a, p. 56-74) que inclui os direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais (expressos ou implícitos). Com muita propriedade, Ingo Wolfgang

Sarlet (2003b, p. 667) defende que a abolição dos direitos fundamentais sociais “acabaria por redundar na própria destruição da identidade da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua dos limites materiais”. Pelo enunciado literal do artigo 60, §4º, IV, da CR, chega-se à conclusão de que apenas os “direitos e garantias individuais” encontram-se incluídos no rol das cláusulas pétreas da nossa Constituição. Nessa interpretação restritiva, estariam excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, §4º, IV, da CR não só os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), assim como os direitos políticos em geral (artigos 14 a 17), com a ressalva, para estes últimos, do sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, §4º, II, da CR. Também não seriam merecedores de tal proteção os direitos de expressão coletiva, sendo que o mandado de segurança coletivo não integraria as cláusulas pétreas. Com efeito, para Ingo Wolfgang Sarlet (2003b, p. 679), as cláusulas pétreas, que protegem o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, necessariamente incluem os direitos fundamentais sociais, seja por força do artigo 60, §4º, IV, da CR, seja na condição de limite implícito, uma vez que, para efeitos do reconhecimento de sua proteção contra eventual emenda, especialmente pelo Poder Judiciário, as situações virtualmente se equivalem.

Raul Machado Horta (1995, p. 95; 2002, p. 88) também entende que, além das limitações materiais do §4º do artigo 60 da CR, ainda existem outras limitações implícitas difundidas nas regras constitucionais, que são: os fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, I a V, CR), o povo como fonte do poder (artigo 1º, parágrafo único, CR), os objetivos fundamentais da República Federativa (artigo 3º, I a IV, CR), os princípios das relações internacionais (artigo 4º, I a X, parágrafo único, CR), os di-

reitos sociais (artigo 6º, CR), a definição da nacionalidade brasileira (artigo 12, I, a, b e c, II, a e b, CR), a autonomia dos Estados Federados (artigo 25, CR), a autonomia dos Municípios (artigos 29; 30, I, II e III, CR), a organização bicameral do Poder Legislativo (artigo 44, CR), a inviolabilidade dos Deputados e Senadores (artigo 53, CR), as garantias dos juizes (artigo 95, I, II e III, CR), a permanência institucional do Ministério Público (artigo 127, CR) e suas garantias (artigo 128, §5º, I, a, b e c, CR), as limitações do poder de tributar (artigo 150, I, II e III, a, b e c, IV, V e VI, a-d, artigo 151, CR) e os princípios da ordem econômica (artigo 170, I a IX, parágrafo único, CR).

No que concerne aos direitos individuais, além dos explícitos e dos implícitos, é possível ainda elencar uma terceira categoria. José Afonso da Silva (2002, p. 193) distingue os direitos individuais em três grupos: *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados na Constituição brasileira; *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (artigo 5º, II, CR); e *direitos individuais decorrentes* do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os direitos individuais decorrentes não estão nem explícita nem implicitamente enumerados, provindo ou podendo vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*.

Tal elaboração remete-nos à idéia de “bloco de constitucionalidade”. A noção de “bloco de constitucionalidade” (FAVOREU, 2002, p. 115-120) (*bloc de constitutionnalité*) ou “bloco constitucional” (*bloc constitutionnel*) surge na França no início da V República, notadamente a partir de 1960. Foi inspirada na terminologia “bloco legal” (*bloc légal*) ou “bloco de legalidade” (*bloc de légalité*) empregada pela doutrina administrativis-

ta. Enfatiza o princípio da constitucionalidade, pelo qual somente uma norma constitucional pode revogar outra norma constitucional. A afirmação do princípio da constitucionalidade permitiu dar vida a certos textos constitucionais que até então eram pouco obedecidos. Na jurisprudência austríaca, as considerações sobre o “bloco de constitucionalidade” incluíam os princípios considerados como superiores à própria Constituição (BARACHO, 2000, p. 78), como os princípios de direito natural e os direitos fundamentais. O conceito de “bloco de constitucionalidade” também é utilizado na Espanha, inclusive na jurisprudência do Tribunal Constitucional, embora o *bloque de constitucionalidad* espanhol não tenha exatamente o mesmo conteúdo que há na França. O Conselho Constitucional francês não usa a expressão “bloco de constitucionalidade”, mas a fórmula “normas de constitucionalidade” (*normes de constitutionnalité*), que guarda o mesmo sentido. Louis Favoreu (2002, p. 116) e outros entendem que a expressão “bloco de constitucionalidade” deveria ser abandonada hodiernamente, após ter exercido um papel muito útil, em proveito de uma expressão mais simples: “Constituição”. Quatro séries de normas, de épocas e inspirações diferentes, compõem atualmente a “Constituição” francesa, sendo três preponderantes e uma marginal. Os elementos principais do “bloco de constitucionalidade” são o texto constitucional de 1958, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o Preâmbulo da Constituição de 1946. Os elementos marginais são os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, cujo rol consagrado pelo Conselho Constitucional é o seguinte: liberdade de associação, direito de defesa, liberdade individual, liberdade de ensino, liberdade de consciência, independência da jurisdição administrativa, independência dos professores universitários, competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos de autoridade pública e autoridade judiciária

guardiã da propriedade privada dos bens imóveis.

No entender de Luiz Pinto Ferreira (2003, p. 216), as cláusulas pétreas constituem-se de poucos artigos nas constituições dos países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, em que sobrevive o respeito à lei, e são mais amplas nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os chamados países terceiro-mundistas, em que esse núcleo intangível é desrespeitado pelos poderes constituídos na grande maioria das vezes. Estender a relação das cláusulas pétreas com o intuito de proteger muitos pontos da Constituição é extremamente perigoso. Como disse Karl Loewenstein (1976, p. 192), “en una palabra: ante las disposiciones de intangibilidad de la Ley Fundamental de Bonn hay que decir, desgraciadamente: seguro que son productos de la buena fe, pero ‘quien mucho abarca, poco aprieta’”.

4. Acerca da (in)tangibilidade das cláusulas pétreas

As limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se por um lado protegem o ordenamento jurídico contra investidas ilegítimas, por outro impedem que esse mesmo ordenamento jurídico evolua. Nesse sentido, essa intangibilidade de certos dispositivos constitucionais merece profunda reflexão.

A existência de dispositivos intangíveis ao longo do tempo pode servir para preservar direitos duramente conquistados, por um lado, mas, por outro, pode contribuir para perpetuar injustiças sociais. Joaquim Benedito Barbosa Gomes vê “com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte”¹⁰. Também a esse respeito, são precisas as palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 22):

“Vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento ab-

soluta de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”.

No que concerne às limitações materiais impostas pelas circunstâncias históricas, na medida em que os motivos que ensejaram as cláusulas pétreas estiverem superados, mormente em razão da evolução da sociedade, e não estando mais presentes as situações conjunturais que as reclamaram, seria possível a superação de tais obstáculos por meio do poder constituinte não-revolucionário. A atuação desse poder tornaria possível a supressão de cláusula pétrea sem uma ruptura na ordem constitucional vigente.

Além disso, os contornos delineados pelas cláusulas pétreas não implicam que elas sejam intocáveis. A esse respeito, precisas são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2003b, p. 669):

“Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas ‘cláusulas pétreas’ não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, neste contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de consti-

tuírem limites materiais à reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso), bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese de que o poder reformador (ainda que sempre limitado) possa menos que o legislador ordinário”.

O sentido a conferir aos limites materiais da revisão constitucional tem sido uma *vaexata questio* que divide os constitucionalistas há cerca de cem anos. Três principais correntes se manifestam (MIRANDA, 1996, p. 190; 2002, p. 413). A primeira delas considera tais limites como imprescindíveis e insuperáveis. A segunda impugna a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica. E a terceira corrente, admitindo tais limites, toma-os apenas como relativos, susceptíveis de remoção por meio da *dupla revisão* ou de *duplo processo de revisão*.

Alguns juristas defendem que as cláusulas pétreas podem ser modificadas ou abolidas, entendendo que é absurda a proibição de mudanças de normas da Constituição de acordo com o direito. O significado real não é senão um agravamento da rigidez em seu favor, sendo que as matérias abrangidas pelas cláusulas pétreas estariam duplamente protegidas. No entender de Jorge Miranda (2002, p. 416):

“as cláusulas de limites materiais são possíveis, é legítimo ao poder constituinte (originário) decretá-las e é forçoso que sejam cumpridas enquanto estiverem em vigor. Todavia, são normas constitucionais como quaisquer outras e podem elas próprias ser objecto de revisão, com as conseqüências inerentes”.

Em razão dessa dupla proteção é necessário, primeiro, revogar a cláusula que impõe a limitação material para depois alterar

as disposições sobre a matéria em questão. A tese da dupla revisão é defendida por Jorge Miranda (1996, p. 206-207; 2002, p. 422-423) com a maestria que lhe é habitual.

“As normas de limites expressos não são lógica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em que circunscrevem o âmbito da revisão como revisão, os princípios aos quais se reportam. Como tais – e sem isto afectar, minimamente que seja, nem o valor dos princípios constitucionais, nem o valor ou a eficácia dessas normas na sua função instrumental ou de garantia – elas são revisíveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, são passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através de revisão. Não são elas próprias limites materiais. Se forem eliminadas cláusulas concernentes a limites do poder constituinte (originário) ou limites de revisão próprios ou de primeiro grau, nem por isso estes limites deixarão de se impor ao futuro legislador de revisão. Porventura, ficarão eles menos ostensivos e, portanto, menos guarnecidos, por faltar, doravante, a interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá revisão constitucional, e não excesso do poder de revisão, se continuarem a ser observados. Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constituem como limites, este acto acarretará, porém, automaticamente, o desaparecimento dos respectivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este propósito, que pode falar-se em *dupla revisão*”.

A despeito das razões apresentadas pelo eminente jurista lusitano, Louis Favoreu e outros entendem que a proposta da dupla

revisão decorre de um raciocínio equivocado¹¹. Para Louis Favoreu (2002, p. 108), as proibições de revisar podem parecer paradoxais a certos autores que a consideram tão-somente obstáculos condicionais, pois, para eles, se não é possível revisar a forma republicana de governo, é perfeitamente possível revisar primeiro o artigo 89 (5) do texto constitucional francês, para em seguida modificar a forma de governo. Minoritariamente a mesma posição foi sustentada na Alemanha. Para Louis Favoreu, esse argumento está equivocado, pois ele desencadeia uma regressão ao infinito. Se fosse lícito revisar primeiro o artigo 89 (5), o constituinte poderia diretamente proibir sua modificação. Se fosse então lícito revisar essa proibição, poderia ser proibido revisar essa proibição de proibir etc. O argumento se reduz então à afirmação de que o texto pode ser considerado como não escrito.

Vital Moreira¹² (1980, p. 106-108) prefere designar a tese em comento de “teoria da revisibilidade das cláusulas proibitivas de revisão”. Todavia, para ele, “é uma tese que se afigura teoricamente inconsistente, logicamente insustentável e juridicamente indefensável”. Em primeiro lugar, porque a norma proibitiva é dirigida pelo poder constituinte ao poder de revisão constitucional. Em segundo lugar, se o sentido da referida norma fosse apenas o de tornar necessária uma “revisão em duas voltas”, então a Constituição teria dito isso. Em terceiro lugar, porque não tem sentido admitir que o poder constituído possa reapreciar o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte. Em quarto lugar, admitir a dupla revisão significa admitir que uma Constituição pode ser subvertida e transformada em outra, ou ainda substituída, por meio de seus próprios mecanismos, sem solução de continuidade constitucional. Conclui que “a teoria da dupla revisão não é, em última análise, mais do que um expediente para tentar legitimar e ‘constitucionalizar’ uma ruptura constitucional ‘a frio’”.

Para Carlos Ayres Britto (2003, p. 76), a técnica da dupla revisão é “o que há de mais atécnico, à luz de uma depurada Teoria da Constituição”. Mesmo que objetive mitigar os efeitos das cláusulas pétreas, “o mecanismo da dupla revisão baralha inteiramente os campos de legítima expressão do Poder Constituído e do Poder Constituinte, caindo, por isso mesmo, em contradições incontornáveis”. Afinal, se for possível reformar as cláusulas constitucionais de reforma, então a Constituição poderá perder o seu caráter rígido. E sem rigidez formal, não há como preservar a superioridade hierárquica da Constituição sobre as demais espécies normativas.

Todavia, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 15) argumenta que não é fraude à Constituição admitir a supressão de cláusula pétrea, pois não são intocáveis as regras que disciplinam as alterações da norma constitucional. “Isto seria de se levar em conta se a Constituição inscrevesse entre as ‘cláusulas pétreas’ o processo de modificação constitucional que consagrou”.

Para José Carlos Francisco (2003, p. 98), a possibilidade da dupla emenda “é mais do que ‘uma saída honrosa’ para o paradoxo criado pelas limitações materiais, mas um critério que se legitima não pelo procedimento, mas pela ampla discussão a que sujeita o tema sobre o qual versa”. Com a dupla emenda, evitam-se os riscos e as instabilidades institucionais decorrentes de um amplo processo constituinte, e os prejuízos decorrentes do abandono de uma Constituição aperfeiçoada no tempo.

Como se vê, várias são as tentativas de se elaborar propostas sustentando que as cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma constitucional, eis que é imprescindível um certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade social.

Outra proposta que se faz é compreender a possibilidade de transcendermos a tais

limitações materiais dentro de um paradigma de um Estado democrático-participativo, sem recorrer às idéias lançadas anteriormente, levando em consideração a participação direta do povo no processo de reforma da Constituição (PEDRA, 2005). Um processo mais agravado, com eloqüente participação popular, poderia proporcionar a adequação da Constituição ao processo de mutação social, sem fraude à Constituição, à realidade e à vontade popular.

Cármen Lúcia Antunes Rocha (1993, p. 181-182) posiciona-se favorável à revisibilidade das cláusulas sobre os limites à reforma constitucional, desde que seja viabilizada a participação direta do povo, na condição de titular do poder constituinte nesse processo, o que outorgaria às reformas um certo grau de legitimação.

“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 imprescindíveis 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 de 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 conseqüências imediatas para um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável”.

Nesse sentido, embora valorize a existência das limitações materiais, Cármen

Lúcia Antunes Rocha (1993) acredita em sua natureza relativa, visando a acompanhar as modificações ocorridas em razão do processo de transformação social. Como a autora sustenta a possibilidade de superar os limites materiais por processo de revisão realizado em duas fases, condicionadas à manifestação popular direta, vislumbra-se aí a manifestação do poder constituinte não-revolucionário, exposta neste trabalho, e não o exercício do poder constituído reformador.

José Carlos Francisco (2003, p. 168) também defende “mecanismos ágeis e econômicos de alteração do núcleo das constituições sem o recurso à elaboração de toda uma nova Constituição”, enfatizando a necessidade de legitimação “para validar o emprego do Poder Constituinte Híbrido ou Misto e da Dupla Revisão”.

No mesmo sentido está Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 18-19), que entende ser possível a superação das limitações materiais impostas ao poder reformador, por meio da realização de revisão efetivada por mecanismo especial e democrático. Desse modo, aduz que a Constituição traz implicitamente a possibilidade de sua superação, mediante processo especial que conte com a participação do povo.

“Se se entendesse – o que pareceria bastante razoável – que a revisão total ou a revisão parcial das cláusulas pétreas está implícita na própria Constituição, poder-se-ia cogitar – mediante a utilização de um processo especial que contasse com a participação do Povo – até mesmo de alteração das disposições constitucionais referentes ao processo de emenda constitucional com o escopo de explicitar a idéia de revisão total ou de revisão específica das cláusulas pétreas, permitindo, assim, que se disciplinasse, juridicamente, a alteração das cláusulas pétreas ou mesmo a substituição ou a superação da ordem constitucional vigente por outra” (MENDES, 1994, p. 18-19).

Joaquim Benedito Barbosa Gomes¹³ vê a teoria das cláusulas pétreas, com a amplitude que se lhe atribui, como uma construção conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pela Constituição. Segundo ele, a teoria das cláusulas pétreas impõe a perpetuação da desigualdade.

5. Conclusão

As cláusulas pétreas representam um esforço do legislador constituinte para assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais alterações provoquem a sua destruição, conservando o seu núcleo essencial, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Merece ser destacado que o enunciado da norma contida no artigo 60, §4º, da CR, ao utilizar as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, quis preservar o cerne da Constituição, vedando inequivocadamente que sejam sequer apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional não somente as propostas de emendas constitucionais que venham a suprimir quaisquer dos princípios distinguidos como cláusulas pétreas, mas também aquelas que venham a atingi-los de forma equivalente, revelando uma tendência à sua abolição, também ferindo o seu conteúdo essencial.

Mas como a Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve manter-se aberta e dinâmica através dos tempos, as mudanças constitucionais são necessárias como meio de preservação e conservação da própria Constituição, visando ao seu aperfeiçoamento, buscando, em um processo dialético, alcançar a harmonia com a sociedade.

Nesse sentido, embora a redação do texto constitucional seja a mais adequada no momento de sua elaboração, muitas vezes são exigidas transformações constitucionais que visam a adequar a Constituição.

Entretanto, embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma ainda mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, quando essas limitações materiais impedem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabam por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestam.

Com isso, paradoxalmente, as cláusulas pétreas, quando concebidas como absolutas, tornam-se obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional, o que impõe uma profunda ponderação a respeito. Mas é claro que há cláusulas pétreas que são insuscetíveis de serem superadas, haja vista que representam um núcleo de valores que não podem ser afastados nem mesmo com a vontade de uma irrefutável maioria.

Por fim, merece registro que as idéias aqui lançadas não têm por objetivo procurar mecanismos para abolir a identidade da Constituição e, com ela, a continuidade da ordem jurídica da coletividade. Nada poderia estar mais distante das presentes reflexões. Pelo contrário, busca-se encontrar meios jurídicos para não deixar a Constituição afastar-se da realidade social, que está em permanente evolução, mesmo que para isso seja preciso superar dispositivos constitucionais considerados intangíveis. Afinal, se a sociedade não aceita mais determinada norma constitucional, deve-se permitir a mudança na Constituição, a sua adaptação às novas necessidades da sociedade, aos novos impulsos, às novas forças, sem que para isso seja necessário recorrer à revolução, o que provocaria uma ruptura no ordenamento jurídico e uma nova Constituição. Afinal, a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, mesmo que à guisa de estabelecer avanços, poderá produzir profundos danos à sociedade, uma vez que os trabalhos de elaboração de um novo texto constitucional nem sempre ficam restritos aos pontos que ensejaram o processo cons-

tituinte, podendo conduzir os debates a pontos diversos dos necessários à nova realidade social.

Notas

¹ Nas palavras de Michel Rosenfeld (2003, p. 41): “A auto-identidade constitucional circula em torno das antinomias entre facticidade e validade, entre fatos e normas, e entre real e ideal”.

² Segundo Karl Loewenstein (1976, p. 192), “de lo que aquí se trata, en el fondo, es de un renacimiento del derecho natural, emprendido como defensa frente al positivismo jurídico, especialmente de la escuela vienesa de Kelsen, que predominó durante los años 20, aunque su influencia se deja sentir mucho antes”.

³ A Constituição brasileira de 1988 não prevê expressamente a vedação de alteração da igual representação dos Estados-membros no Senado Federal. Embora possa ser sustentado que essa igual representação seja um princípio básico do federalismo e, portanto, a manutenção da Federação compreenderia também essa igualdade, convém lembrar que na Federação alemã os Estados não têm igual representação no equivalente do Senado.

⁴ Artigo 90, §4º, da Constituição de 1891: “Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”. Artigo 178, §5º, da Constituição de 1934: “Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa”. Artigo 217, §6º, da Constituição de 1946: “Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República”. Artigo 50, §1º, da Constituição de 1967: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”.

⁵ José Carlos Francisco (2003, p. 83-84) explica que, concebida em sentido amplo, a expressão “tendente a abolir” estará limitando “tanto a eliminação quanto a suspensão, ou diminuição (sem extinção) dos conceitos protegidos pela imodificabilidade. Porém, aqui começam os graves problemas. Se a expressão ‘tendente a abolir’ for concebida em proporções amplíssimas, estarão vedadas modificações em diversas matérias que são objeto há anos de projetos de emendas constitucionais. Exemplificando, as várias reformas tributárias que tramitam perante o Congresso Nacional prevêem sistematicamente a aglutinação do IPI e do ICMS, formando um novo tributo (imposto sobre valor agregado – IVA), que em princípio terá sua competência tribu-

tária (aptidão para legislar) atribuída a uma única entidade federativa (União ou Estado-Membro). Ainda que o produto da arrecadação desse IVA seja repartido entre União e Estados de modo que seja mantida a arrecadação desses entes federativos nos mesmos montantes existentes ao tempo da cobrança do IPI e do ICMS, ainda assim restará clara polêmica quanto à diminuição do poder de um dos entes federativos (em proporções ainda maiores se a competência tributária for atribuída à União, que poderá estabelecer isenções para esse novo imposto, o que não pode ocorrer em relação ao ICMS, por força do art. 151, III, da Constituição Federal vigente). Mas como a reforma tributária é exigência de toda a sociedade (e até mesmo do Executivo Federal, que pretende ampliar sua arrecadação pela simplificação do sistema), é muito provável que as instituições sociais se acomodem no sentido da possibilidade de haver a aglutinação desses dois impostos na formação de um único imposto sobre valor agregado⁶.

⁶ Continua o autor anotando que “a promoção do bem-estar social e, para a sua consecução, a do desenvolvimento econômico abrem espaço para a permanente organização jurídica em proveito da comunidade internacional. A permeabilização comporta o exemplo do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988; ou o do tratado da união europeia (*Maastricht*); ou o da chamada *Lex Mercatoria*, isto é, o conjunto de normas, regulamentos e práticas internacionais de comércio que, padronizadas, são aplicadas por todos os países que operam no comércio internacional” (Cf. BRITO, 1993, p. 98).

⁷ A esse respeito, cumpre consignar a polêmica que se travou no Brasil. “Em 1977, pela Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril, foi alterado o art. 48 da Constituição brasileira, para que, em vez da maioria de 2/3 em cada Casa do Congresso Nacional, bastasse a maioria absoluta para a aprovação de emenda constitucional. Sustentaram alguns a invalidade dessa mudança, invocando o limite implícito que Souza Sampaio aponta. A objeção, todavia, não prosperou. A emenda nº 22, de 29 de junho de 1982, restabeleceu a exigência da maioria de 2/3. A seu propósito não houve polêmica” (Cf. FERREIRA FILHO, 1999, p. 121).

⁸ Posição contrária é aquela que defende a tese da “dupla revisão”, que será analisada adiante.

⁹ Para Marcus Vinicius Martins Antunes (2003, p. 111), a Emenda Constitucional nº 20, “ao transpor os servidores estaduais ocupantes exclusivamente de cargo em comissão para o regime geral da previdência social, violou princípio federativo da auto-organização dos Estados”.

¹⁰ ADIn 3.105-8/DF.

¹¹ Defendem a tese da dupla revisão, entre outros, Jorge Miranda e Paolo Biscaretti Di Ruffia. Rechaçam-na, entre outros, José Joaquim Gomes

Canotilho e Carl Schmitt. “Parece-nos inviável o legislador reformador, por intermédio de *dupla revisão*, suprimir os limites procedimentais, nem mesmo através de consulta popular, seja através de plebiscito, seja através de referendo” (Cf. BULOS, 1999, p. 130).

¹² Ainda o autor: “seria o mesmo que admitir que um automobilista, embora deva respeitar um sinal de sentido de proibido, pode porém apertar-se, retirar o sinal, e então avançar... legalmente! A natureza fraudulenta de tal expediente salta à vista” (Cf. MOREIRA, 1980, p. 106-108).

¹³ ADIn n. 3.105-8.

Referências

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Mudança constitucional: o Brasil pós-88. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITO, Edvaldo. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. Dez anos de constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FAVOREU, Louis. et al. Droit constitutionnel. 5. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FERREIRA, Luiz Pinto. As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Significação e alcance das cláusulas pétreas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995.

FRANCISCO, José Carlos. Emendas constitucionais e limites flexíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade: possibilidade jurídica de sua superação*. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 2, n. 6, jan./mar. 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. 2 t.
- _____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA, Vital. *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Caminho, 1980.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- 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.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas*. *Interesse Público*, São Paulo, n. 17, jan./fev. 2003a.
- _____. *Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, jan./jun. 2003b.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.