

DIREITO CONSTITUCIONAL

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUPERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antônio Iris da Costa Júnior¹

RESUMO: O presente artigo trata da possibilidade jurídica de superação dos limites materiais na Constituição Federal de 1988 pelo poder constituinte derivado reformador. Limites materiais são proibições explícitas no texto constitucional que têm como objetivo impedir reformas que vão de encontro ao núcleo intangível da Constituição. São as chamadas cláusulas pétreas. Essas cláusulas há tempos vêm causando momentos paradoxais e intensos debates doutrinários mundo afora no que diz respeito à sua possibilidade de superação. Destarte, analisam-se as três correntes doutrinárias que surgiram a esse respeito. A primeira contesta a legitimidade ou a eficácia jurídica das cláusulas pétreas. A segunda as reconhece, entretanto, têm-nas como relativas, sendo suscetíveis de superação por meio da dupla revisão. Finalmente, a terceira corrente considera as cláusulas pétreas como imprescindíveis e insuperáveis.

Palavras-chave: Cláusulas pétreas. Possibilidade jurídica de superação. Direito Constitucional.

ABSTRACT: This article refers to the legal possibility of overcoming material limits on the Brazilian Constitution of 1988 by

¹Bacharel em Direito pela Universidade Paulista (UNIP). Especialista em Direito Público pela Faculdade Projeção. Advogado. Analista Judiciário – Área Judiciária do Superior Tribunal Militar (STM).

derived constituent power of reforming. Material limits are explicit prohibitions in the constitutional text, which aim to prevent reforms that confront the intangible core of the Constitution. They are called immutable clauses. For a long time, these clauses have caused paradoxical moments and intense doctrinal discussions worldwide regarding the possibility of overcoming them. In view of this, we analyze the three doctrinal trends that have emerged about this issue. The first one contests the legitimacy or the legal effectiveness of the immutable clauses. The second trend considers these clauses as relative, capable of being overrun by double review. Finally, the third one considers the immutable clauses as indispensable and insuperable.

Keywords: Immutable clauses. Legal possibility of overcoming. Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUPERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

- 1.1 Divergência doutrinária
- 1.2 Ilegitimidade e ineficácia jurídica dos limites materiais
- 1.3 Dupla revisão: relatividade das cláusulas pétreas
- 1.4 Insuperabilidade jurídica dos limites materiais

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

As constituições são criadas com o fito de serem duradouras, de lastrearem-se no tempo. Para isso acontecer, não podem ser totalmente imodificáveis, mas devem prever sua própria atualização, a fim de não serem superadas pela evolução da sociedade.

O poder constituinte reformador atua de acordo com o dinamismo do Estado, garantindo a própria durabilidade do ordenamento constitucional quando revisa e atualiza a obra constitucional às novas realidades sociais. Nesse processo legislativo de revisão e atualização constitucional, o constituinte reformador deve observar limites implícitos e expressos (materiais, circunstanciais e temporais) impostos pelo poder constituinte originário. Os limites materiais são proibições explícitas no texto constitucional que têm como objetivo impedir reformas que vão de encontro ao cerne intangível da Constituição. São as chamadas cláusulas pétreas.

À luz da Constituição Federal de 1988, as cláusulas pétreas, por um lado, preservam os direitos conquistados a título de muita luta ao longo de vários anos de experiência autoritária e de desrespeito aos princípios e às garantias constitucionais, assegurando-se a permanência dos valores fundamentais da Constituição, ou seja, impedindo reformas capazes de suprimir seu espírito.

Por outro lado, parece ser preciso acompanhar a contínua evolução do Estado, e, nesse sentido, as transformações constitucionais são necessárias para acomodar a Constituição Federal às novas realidades sociais. Segundo duas correntes interpretativas, as cláusulas pétreas, contudo, podem impedir a evolução do ordenamento jurídico em vigor, privando o país de introduzir-se numa ordem mundial globalizada e altamente competitiva economicamente, mormente no que diz respeito à enorme gama de direitos

trabalhistas e previdenciários advindos com a Carta Magna de 1988, o que não se costuma visualizar em outros países.

Nesse diapasão, indaga-se: as cláusulas pétreas, taxadas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988, podem ser superadas pelo poder constituinte derivado reformador?

Com efeito, três principais correntes manifestam-se acerca da possibilidade ou impossibilidade jurídica de superação dos limites materiais. A primeira corrente contesta a sua legitimidade ou a sua eficácia jurídica. A segunda, por sua vez, reconhece-os, no entanto, tem-nos como relativos, podendo ser superados por meio da dupla revisão ou duplo processo de revisão. Finalmente, a terceira corrente considera tais limites como imprescindíveis e insuperáveis.

Destarte, o objetivo deste trabalho é analisar, no contexto brasileiro, valendo-se de pesquisa fundamental, com método hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa, objetivo exploratório e delineamento bibliográfico e documental, a impossibilidade jurídica de superação das cláusulas pétreas, ou a sua possibilidade jurídica de superação por meio da teoria da dupla revisão, ou, até mesmo, a possível ilegitimidade e ineficácia jurídica de tais limites taxados na Constituição Federal de 1988.

1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUPERAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

1.1 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Cláusulas pétreas são limites expressos que têm por fito proteger a substância da Constituição. Visam proteger o cerne intangível da Constituição, ou seja, o “núcleo normativo que engloba matérias imprescindíveis à configuração das suas linhas-mestras, e, por isso, não pode ser modificado”(BULOS, 2007, p. 298).

Essas cláusulas são vastas no direito comparado². Há tempos fazem parte das constituições. Foi, entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial que as cláusulas pétreas vieram a expandir-se mundialmente. Na história das Constituições Brasileiras, já se têm cláusulas pétreas desde a proclamação da república até os dias de hoje, com exceção apenas da Constituição Brasileira de 1937.

Sem embargo, os limites materiais de tempos para cá vêm causando momentos paradoxais e intensos debates doutrinários mundo afora. Nas palavras de Miranda, J. (1996, p. 190), o sentido que se deve conferir aos limites materiais direcionados ao poder constituinte reformador “tem sido uma *vexata quaestio* que há cerca de cem anos divide os constitucionalistas”.

Nesse conspecto, destacam-se três principais correntes acerca da superação ou não dos limites materiais direcionados ao poder constituinte reformador: a da ilegitimidade e ineficácia jurídica das cláusulas pétreas; a da dupla revisão; e a da insuperabilidade jurídica das cláusulas pétreas.

1.2 ILEGITIMIDADE E INEFICÁCIA JURÍDICA DOS LIMITES MATERIAIS

O corolário dessa corrente está sustentado, especialmente, no art. XXVIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, a qual giza que “Um povo tem sempre o direito de

² Ver, por exemplo: Art. 290 da Constituição de 1976 de Portugal, Art. 95 da Constituição de 1946 da França, Art. 139 da Constituição de 1947 da Itália, Art. 9 da Constituição de 1961 da Turquia, Art. 108 da Constituição de 1951 da Grécia, Art. 79 da Constituição de 1949 da Alemanha, Art. 115 da Constituição de 1956 da Camboja, Art. 37 da Constituição de 1972 de Camarões, Arts. 193 e 195 da Constituição de 1976 da Argélia e Art. 102 da Constituição de 1984 de Guiné-Bissau.

rever, reformar e de mudar a sua Constituição: Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

Assim, a própria ideia de que existiriam limites materiais ficaria prejudicada. Pois, se o titular do poder que cria a Constituição é o mesmo que a revisa, não poderia haver subordinação entre eles. O poder de determinada época não seria superior ao poder de época posterior.

Para Vanossi (1975) citado por Miranda, H. (2007, p. 89), as cláusulas intangíveis são “inúteis e até contraproducentes”. O autor argentino elenca alguns argumentos que repudiam as cláusulas pétreas, a saber:

A função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função. Elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas. Trata-se de um ‘renascimento’ do direito natural, perante o positivismo jurídico. Antes de ser um problema jurídico é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino. Admite-se que um Estado pode decidir sua própria extinção; não se compreende porque o estado não poderia, então, modificar igualmente em forma substancial seu próprio ordenamento supremo, ou seja, sua própria

Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente (VANOSSI, 1975 citado por MIRANDA, H., 2007, p. 89).

Argumenta-se ainda, segundo tal corrente, a igualdade de normas constitucionais que, embora advenham do constituinte derivado, são também normas constitucionais de mesmo valor que todas as outras do texto constitucional, uma vez que estão inseridas numa mesma Constituição.

Por conseguinte, não haveria uma diferença significativa entre as normas do poder constituinte originário e as do poder constituinte derivado reformador, tendo em vista que ambas são elaboradas pelos representantes do povo.

1.3 DUPLA REVISÃO: RELATIVIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Sabe-se que uma ruptura constitucional é algo extremamente perigoso, de consequências insondáveis e desastrosas, nomeadamente quando se dá por meio de uma revolução.

O duplo processo de revisão ou dupla revisão busca meios de ultrapassar as barreiras das cláusulas pétreas sem que seja necessário para isso uma quebra da ordem jurídica em vigor por meio de uma revolução, evitando-se, pois, as instabilidades institucionais decorrentes de um amplo processo constituinte causado por uma Constituição presa ao passado.

As cláusulas pétreas, segundo a Teoria do Duplo Processo de Revisão, não são absolutas. Ao contrário da corrente anterior, afirma-se, aqui, a eficácia jurídica e legitimidade das cláusulas pétreas, todavia, não são elas próprias imunes a alterações ou revogações.

Destarte, pode-se, em um primeiro momento, revogar o limite material em si e, em um segundo momento, revogar a norma constitucional que outrora fora protegida por uma cláusula de intangibilidade e que, no momento, não mais é protegida por nenhum núcleo intangível.

O fato em comento consiste no duplo processo de revisão, brilhantemente defendido por Miranda, J. (1996, p. 206-207):

Numa postura só aparentemente intermédia, afirma-se a validade dos limites materiais explícitos, mas ao mesmo tempo, entende-se que as normas que os preveem, como normas de Direito positivo que são, podem ser modificadas ou revogadas pelo legislador da revisão constitucional, ficando, assim, aberto o caminho para, num momento ulterior, serem removidos os próprios princípios correspondentes aos limites. Nisto consiste a tese da dupla revisão ou do duplo processo de revisão. [...] 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, os princípios aos quais se reportam. Como tais – e sem com 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, adi-

tamento 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 garantidos, 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.

O autor português, ao defender a possibilidade da dupla revisão, o faz com certa particularidade. Para ele, se os limites de primeiro grau – aqueles inerentes aos princípios fundamentais da Constituição, à ideia de Direito – forem atingidos, não se estará diante de uma revisão, mas sim de uma transição constitucional. Dessa forma, só se falaria em dupla revisão em se tratando de limites de segundo grau – aqueles que o constituinte originário determinou como limites materiais, sem, contudo, identificarem-se com os princípios fundamentais da Constituição (MIRANDA, J., 1996).

Assim sendo, o significado real da eficácia das cláusulas pétreas não é outro senão um agravamento da rigidez em seu favor, sendo que tais limites materiais estão duplamente protegidos, ao passo que as demais normas constitucionais precisam de uma única revisão para serem suprimidas. Desse modo, enquanto não forem abolidos, os limites materiais são perfeitamente legítimos e eficazes juridicamente, devendo, obrigatoriamente, ser observados por todos; contudo, podem ser objeto de revisão.

No Brasil, Ferreira Filho é quem sustenta com maior propriedade a relatividade das cláusulas pétreas. Sublinha, a propósito, que certos juristas brasileiros contemporâneos parecem ignorar que o poder constituinte originário é formado por representantes do povo, e tais representantes

não recebem deste qualquer dom especial – mágico ou metafísico. Consequentemente, nada justifica que sua vontade prevaleça para o futuro, cristalizando instituições ou normas (FERREIRA FILHO, 2007, p. 18).

Ainda segundo o autor brasileiro, as cláusulas pétreas não estão protegidas contra reformas, a não ser que o constituinte originário as tenha protegido de modo expresso. Logo, o próprio art. 60, § 4º, da CF não está incluído entre as matérias imutáveis. Nesse sentido, aduz que “Trata-se da indagação se, no caso de uma Constituição explicitar os pontos intocáveis, cabe nela identificar ‘cláusulas pétreas’ implícitas”. Por conseguinte, completa o autor que

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, 2007, p. 172-173).

Ademais, o ilustre jurista vai além, ao afirmar que a Constituição Federal de 1988 não foi obra do poder constituinte originário, porquanto resultou de uma reforma constituinte por força da Emenda n.26/1985 à Constituição de 1967. Por isso, as cláusulas pétreas, desse ponto de vista, foram estabelecidas pelo poder constituinte derivado e o que ele mesmo estabelece, ele mesmo pode mudar. A respeito:

Esta Emenda n. 26/85 alterou o processo de emenda previsto na Constituição então vigente, com isso autorizando o Congresso Nacional a assumir a feição de ‘Constituinte’, simplificando o procedimento (maioria absoluta dos membros do Congresso para a aprovação e não maioria de 2/3 em cada Casa), e, sobretudo, suprimindo as ‘cláusulas pétreas’ consagradas na Constituição de 1967, na Emenda n. 1/69, art. 47, § 1º. Nem por sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro Poder Constituinte. Do exposto derivam dois pontos de relevo. O primeiro é que as ‘cláusulas pétreas’ em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do Poder Constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado pode mudar. O segundo corrobora o primei-

ro. A Emenda n. 26/85 permitiu uma reforma constitucional sem a limitação das ‘cláusulas pétreas’ então vigentes que proibiam a abolição da Federação e da República. E foi isso que pôde surgir a proposta monarquista, que, inclusive, redundou no plebiscito no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (FERREIRA FILHO, 2007, p. 18).

Desta maneira, mormente em vista da teoria da dupla revisão, conclui-se que as cláusulas pétreas só continuam resguardadas enquanto vigorar o atual § 4º do art. 60 do Texto Maior brasileiro. Nada impede, todavia, que o próprio § 4º possa ser modificado pelo poder constituinte reformador, abolindo-se uma ou mais das vedações existentes.

A título de ilustração, o direito constitucional do trabalhador urbano e rural de perceber, ao menos, um salário mínimo (cláusula pétrea) poderia ser abolido por intermédio de reforma constitucional com o seguinte procedimento: num primeiro momento revoga-se o inciso IV do § 4º do art. 60 da CF, para, em outro momento, livre agora do limite material, revogar a própria norma constitucional que assegura o direito constitucional do trabalhador urbano e rural de perceber, ao menos, um salário mínimo, ou seja, revogar os incisos IV e VII do art. 7º da CF.

Outrossim, para que a forma federativa de Estado pudesse ser abolida, bastaria a eliminação do inciso I do § 4º, para, logo depois, em uma segunda fase, passar-se à abolição dessa forma de Estado.

A mesma premissa vale para o voto direto, secreto, universal e periódico, para a separação dos Poderes e para abolição de qualquer direito e garantia fundamental. Com a devida vênia, tais

hipóteses, pelo menos no caso das limitações materiais brasileiras, vão indubitavelmente de encontro ao espírito da Constituição.

1.4 INSUPERABILIDADE JURÍDICA DOS LIMITES MATERIAIS

Em que pese a sedução das considerações anteriores, coaduna-se, *data venia*, com a insuperabilidade jurídica das cláusulas pétreas. A partir do instante em que se admite a ilegitimidade e ineficácia jurídica das cláusulas pétreas ou a teoria do duplo processo de revisão, insurge-se contra o espírito da Constituição, contra sua identidade.

Com efeito, o fundamento das cláusulas pétreas está em resguardar o núcleo intangível da Constituição, visando impedir a supressão de suas matérias mais importantes, resguardando-a e protegendo-a de maiorias legislativas eventuais e temporárias que tentem usurpar sua substância, seu espírito, sua identidade³.

Como bem salienta Bulos (2007, p. 303), as cláusulas pétreas são imprescindíveis e insuperáveis.

Imprescindíveis

porque simplificar as normas que estatuem limites, outrora depositados pela própria manifestação constituinte originária, é usurpar o caráter fundacional do poder criador da constituição.

³ A propósito, “Já se estabeleceu paralelo entre a limitação à reforma da Constituição e a narrativa de Ulisses, personagem da Odisseia de Homero, amarrado ao mastro do seu navio, para atravessar incólume o mar das sedutoras, mas fatais, sereias” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 123).

Insuperáveis

porque alterar as condições estabelecidas por um poder inicial, autônomo e incondicionado, a fim de reformar limites explícitos à atividade derivada, é promover uma fraude à constituição.

O poder reformador, na sua atuação de revisão e atualização do Texto Maior, tem como missão primordial garantir a durabilidade constitucional, moldando a Constituição às novas realidades sociais. Nesse contexto, não pode o poder de revisão insurgir-se contra o poder constituinte originário, usurpando-lhe a competência quando revoga cláusulas intangíveis.

Ora, o poder reformador é constituído pelo poder originário, é criado pela Constituição, e sua competência reformadora por ela é delimitada. Não é ao acaso que lhe é característico ser um poder secundário, subordinado e condicionado⁴. Ir de encontro às cláusulas pétreas, suprimindo-as, é atentar contra o criador – poder constituinte primogênito –, é usurpar-lhe as características de inicial, incondicionado, ilimitado e especial⁵; é, na realida-

⁴ O poder instituído é secundário, porque advém de uma ordem jurídica preestabelecida, que pressupõe a existência de uma constituição vigente da qual ele retira sua força. É subordinado, porquanto somente poderá ser exercido na forma estabelecida pelo constituinte primogênito. E, alfim, é condicionado, uma vez que seu exercício deve obediência às condições prefixadas no texto constitucional, submetendo-se aos limites impostos pela força de primeiro grau.

⁵ O poder originário é inicial, porquanto consiste no ponto de partida de toda a ordem jurídica estatal, que apenas nasce a partir da elaboração da constituição que ele criou. Ele constitui outros poderes, mas não necessita de nenhum outro poder para ser constituído, a não ser a vontade popular. É incondicionado,

de, a criação de uma nova Constituição e não a sua acomodação às novas realidades sociais.

A propósito, já ensinava Schmitt (2001, p. 119) citado por Mendes e Branco (2013, p. 123) que a faculdade de reforma não pode atingir a continuidade e a identidade da Constituição:

Uma faculdade de ‘reformular a Constituição’, atribuída por uma normação legal-constitucional, significa que uma ou várias regulações legais-constitucionais podem ser substituídas, mas apenas no pressuposto de que permaneçam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição, considerada como um todo.

O poder constituído que se contrapõe ao poder de primeiro grau, ultrapassando sua competência reformadora, superando o núcleo essencial da Constituição, incorre ainda em um verdadeiro desvio de poder.

A relativização dos limites materiais atribuída pela teoria da dupla revisão provoca, por conseguinte, um completo esvaziamento das cláusulas intangíveis direcionadas ao poder constituinte reformador, na medida em que a limitação das cláusulas pétreas fica reduzida a uma questão estritamente procedimental.

porque não há condições prefixadas para o seu exercício, não se submetendo nem mesmo à Constituição até então vigente. É ainda ilimitado, uma vez que, se o poder constituinte originário não é subordinado a nenhuma ordem jurídica anterior, não sofrerá, por consequência, nenhum tipo de limitação jurídica ao seu exercício. Finalmente, é especial, porque o poder constituinte de primeiro grau não detém mera atribuição legiferante – elaborar leis e atos normativos em geral –, e sim função especial, qual seja, a criação de uma constituição e, por conseguinte, de uma nova ordem jurídica.

Ademais, as cláusulas pétreas são dotadas de uma

supereficácia paralisante ou ab-rogante, o que as torna intangíveis e invioláveis, colocando-se, pois, fora e além do alcance do poder constituído ou de reforma, devendo ser mantidas enquanto sobreviver a Constituição (LIMA FILHO, 2004, p. 140).

Noutro giro, contra-argumentando a tese de que as cláusulas pétreas petrificam e impedem a atualização do ordenamento constitucional em vigor, aduz-se que os limites materiais não se prestam a preservar a redação de uma norma constitucional, por isso alterações redacionais que não esvaziem os princípios basilares da Constituição são perfeitamente possíveis; esses limites prestam-se, pois, para resguardar o espírito da Constituição, para preservar os avanços conquistados com a Carta Magna de 1988⁶.

Ainda que impedissem a atualização e petrificassem o ordenamento constitucional em vigor, os limites materiais não poderiam ser superados pela teoria da ilegitimidade e ineficácia jurídica das cláusulas pétreas, bem como pela tese do duplo processo de revisão, sob pena de se fraudar a Constituição e incorrer em desvio de poder.

⁶ Nesse sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança n. 23.047, *verbis*: [...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 64, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.[...] uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado.

Com efeito, a única solução possível para a superação das cláusulas pétreas é uma nova Carta Maior, e não fraudar a Constituição a pretexto de inaplicabilidade ou relativização dos limites materiais deixados pelo poder constituinte originário.

Ou se faz novo Texto, ou se cumpre o que já foi promulgado, desde 5 de outubro de 1988, com seus óbices, imperfeições, atecnias, vícios, virtudes, inovações, avanços e minúcias (BULOS, 2007, p. 300).

De outra banda, rechaça-se também a tese de que as próprias cláusulas pétreas não estariam asseguradas contra investidas do poder constituinte reformador, de sorte que não seriam elas próprias limites inerentes ao poder derivado, tendo em vista que o constituinte originário não as protegeu de modo expresse. Grande engano não reconhecer que o próprio núcleo intangível da Constituição é protegido por limite implícito.

Nesse sentido, limitação implícita importante, se não a mais importante de todas elas, é aquela que veda a supressão da própria norma constitucional que impõe as limitações explícitas materiais. Destarte, mister se faz concluir que, se o poder constituinte originário idealizou determinadas regras consideradas intangíveis por meio de um dispositivo constitucional – qual seja o § 4º do art. 60 da CF –, é de fácil aceção lógica que tal preceito proibitivo é também considerado insuprível.

Ora, se há uma norma pela qual se consubstanciam determinados elementos considerados insupríveis, seria ilógica uma interpretação que pudesse suprimi-los, sob pena de se relativizar a ideia originária do constituinte genuíno.

Concernente ao art. XXVIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – o qual reza que um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição e que nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis –, uma geração posterior, na verdade, como bem salienta Mendes e Branco (2013, p. 121), “não se vê inexoravelmente presa às decisões da geração anterior. Ela as segue enquanto entender que o deve”. Os autores concluem ainda que:

Nada impede que o povo, fazendo-se ouvir por meio de manifestação do poder constituinte originário, rompa com as limitações impostas pela Constituição em vigor e se dê um outro diploma magno. Enquanto isso não ocorre, o que se pode dizer é que a geração subsequente à que editou a Constituição com as suas limitações materiais concorda com elas. Anuência que adviria do fato de não exercer o poder constituinte originário (MENDES; BRANCO, 2013, p. 121-122)⁷.

⁷ Ainda sob outro aspecto: “Em teoria constitucional, já se buscou desfazer a ideia de que se estaria impondo a vontade de uma geração a outra. Parte-se do pressuposto de que o poder constituinte originário é a expressão da vontade do povo e que as limitações que este impõe destinam-se a restringir a vontade dos representantes do povo, no exercício dos poderes constituídos. O próprio procedimento de elaboração da Constituição, com uma suposta perspectiva universalista e atemporal a dominar os seus trabalhos, justificaria limitações aos poderes constituídos, mais voltados para as contingências imediatas da política comum” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 121).

Outro também não é o entendimento da Suprema Excelsa Corte, a qual declarou, no julgamento da ADI nº 466/DF, que o Congresso Nacional, no desempenho do papel de poder constituinte reformador, está juridicamente adstrito às cláusulas pétreas instituídas pelo poder constituinte originário. Com efeito, ao julgar inconstitucional a Proposta de Emenda Constitucional que, mediante prévia consulta plebiscitária, pretendia instituir a pena de morte no Brasil, assinalou:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrição de ordem circunstancial, inibitória do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma, conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados.

Noutro giro, o seguinte argumento também não pode prosperar: o de que não há óbice em revogar os limites materiais do poder constituído, pois o que o poder reformador institui, o poder reformador pode mudar, tendo em vista que a Carta da República de 1988 não foi obra do poder constituinte de primeiro grau, mas sim obra do poder constituinte derivado reformador, uma vez que

ela resultou de reforma constitucional por meio da Emenda n. 26/1985 à Constituição de 1967⁸.

Ora, é notório que essa Emenda foi uma fraude à Constituição. Não há sombra de dúvidas de que foi um ato eivado de inconstitucionalidade, um mero artifício político para uma ruptura na ordem constitucional até então em vigor.

Pelo ponto de vista técnico-constitucional, não há possibilidade de uma emenda convocar uma Assembleia Constituinte Originária para destruir a própria Constituição emendada sem que isso configure uma ruptura do ordenamento jurídico em vigor e, por consequência, uma nova constituinte. Nem pela teoria da dupla revisão tal Emenda Constitucional seria aceitável, tendo em vista que sequer passou pelo duplo processo que lhe é característico.

Finalmente, seria extremamente perigoso invocar a relativização das cláusulas pétreas num país como o Brasil – nem se fale então de declará-las ilegítimas ou ineficazes juridicamente –, que não demonstra grande estima constitucional.

⁸ Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição de 1967, *verbis*: “Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte. [...]”

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi apresentar um breve estudo sobre a possibilidade de superação dos limites materiais sob o prisma da teoria do duplo processo de revisão, bem como sobre a inaplicabilidade das cláusulas intangíveis à luz da teoria da ilegitimidade e ineficácia jurídica das cláusulas pétreas e sobre a impossibilidade jurídica de superação dos limites materiais.

O corolário da ilegitimidade e ineficácia jurídica das cláusulas pétreas se sustenta, principalmente, no argumento de que nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis.

Os adeptos da dupla revisão, por sua vez, afirmam a eficácia jurídica e a legitimidade das cláusulas pétreas, no entanto, atribuem-las um valor relativo. Segundo essa teoria, os limites materiais podem ser superados da seguinte forma: primeiramente se revoga o limite material. Após isso, com o caminho aberto, revoga-se a norma constitucional que outrora fora protegida por uma cláusula de intangibilidade.

Não obstante, essas duas teorias não devem prosperar, mormente no Brasil, que nunca demonstrou grande apreço constitucional e, por vezes, torna-se refém de maiorias políticas eventuais, de interesses privados e de grandes instituições financeiras que insistem em ditar reformas constitucionais de encontro à identidade da Lei Maior.

Para se constatar tal fenômeno, basta verificar a atual Constituição Federal, que, com 26 anos de vigência, já sofreu nada menos que 6 (seis) Emendas Constitucionais de Revisão e 83(oitenta e três) Emendas Constitucionais, sendo que algumas dessas já foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e outras, apesar de já terem se livrado da declaração de nulidade pelo Tribunal Constitucional, até hoje suscitam intensos debates

doutrinários, devido à duvidosa constitucionalidade, como a reforma da previdência social, que instituiu a taxação dos inativos.

Ademais, não se pode negar a limitação implícita das próprias cláusulas pétreas, que a teoria da dupla revisão insiste em não reconhecer. Não haveria razão de existir um núcleo intangível se tal núcleo não fosse protegido como protege as matérias que arrola. Tampouco tal núcleo deveria ser protegido explicitamente, porquanto isso decorre da própria identidade da Constituição.

Frise-se, novamente, que se o poder constituinte de primeiro grau, expressamente, estabeleceu determinadas normativas inatacáveis, por consequência, o próprio dispositivo proibitivo é também considerado imune às investidas do constituinte de segundo grau, sendo desrazoável qualquer exegese que pudesse suprimi-lo.

Os limites materiais, portanto, detêm importante função de resguardar o núcleo intangível da Constituição, impedindo o esvaziamento de sua identidade e preservando a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, bem como os direitos e garantias coletivos, sociais, políticos e outros direitos e garantias espalhados pela Constituição e que guardem correspondência com sua identidade.

Destarte, não se pode negar que os princípios basilares da Carta Maior restarão malogrados, se o poder constituinte reformador, valendo-se de um duplo processo de revisão, revogar ou alterar as cláusulas intangíveis, seja esvaziando-as, seja mitigando-as. Daí a razão de o constituinte originário instituir disposições intangíveis, que têm por escopo preservar a identidade e o espírito da Constituição.

Ante o exposto, entende-se que as cláusulas pétreas, taxadas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988, são impos-

síveis juridicamente de serem superadas pelo poder constituinte derivado reformador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/emenda26-85.pdf>>. Acesso em: 03dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.466/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 03 de abril de 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23.047**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://ongprojetcidam.org.br/arquivos_upload/1.pdf>. Acesso em: 1ºdez. 2013.

LIMA FILHO, Francisco das C. Alteração das cláusulas pétreas e o poder constituinte evolutivo. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, ano 70, n. 1, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza, 2001 apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoria Constitucional**. Buenos Aires, 1975 apud MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Brasília: Senado Federal, 2007.