

LIMITES ÀS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS: REVISÃO E CLÁUSULA PÉTREA

Vitória Izabel Silva Souza Castro

Sumário: Introdução. 1.Modificações da Constituição e vicissitudes constitucionais. 2.O poder constituinte de reforma. 3.A revisão constitucional. 4.Os limites à revisão constitucional. 4.1. Limites ao poder de reforma- espécies. 5.Tratamento teórico dos limites à revisão constitucional no Brasil e em Portugal. 6.Quadro comparativo da Constituição brasileira e portuguesa concernente aos limites à revisão constitucional. 7.Das cláusulas pétreas. 7.1. Natureza da cláusula pétrea. 7.2. Alcance da proteção das cláusulas pétreas. 7.3. Controlo de constitucionalidade de emendas em face de cláusulas pétreas. 8.As cláusulas pétreas em espécies. 8. 1Forma federativa do Estado. 8.2. Separação de poderes. 8.3. O voto direto, secreto, universal e periódico. 8.4. Os direitos e garantias individuais. 8.5. Direitos sociais e cláusulas pétreas. 8.6. Criação de novos direitos fundamentais. 8.7. Direitos previstos em tratados sobre direitos humanos. 8.8. Cláusulas pétreas da garantia do direito adquirido. 8.9. Cláusulas pétreas implícitas. 9.As cláusulas pétreas no direito português. Considerações Finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO



imprescindível a existência de limites para as mutações constitucionais. Se, por um lado, é necessária a conformação da Constituição à realidade social, por outro, deve-se ter a prudência de não cair em estado de desorganização mesmo que na presença de um texto constitucional.

Chamadas de “vicissitudes constitucionais” pelo profes-

sor Jorge Miranda¹ são uma expressão do poder constituinte, eis que, a mutação constitucional encontrará limitações, tendo em vista que aquele mesmo também as conhece. Lembrando que, para muitos autores, os limites da mutação constitucional não se resumem aos limites do poder constituinte².

A Constituição deve estar em harmonia com a realidade, e deve se manter aberta e dinâmica através dos tempos. Isso porque uma constituição não é feita em um momento determinado, mas realiza-se 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 deve o Estado evoluir³.

Assim, quando a Constituição é redigida de forma hábil, pode-se tentar levar em consideração, desde o princípio, necessidades futuras por meio de mecanismos cuidadosamente colocados. Entretanto, uma formulação demasiadamente flexível poderia prejudicar a segurança jurídica. Além disso, mudanças frequentes na Constituição levam a uma erosão da consciência constitucional e a um estado de indiferença popular em relação à Carta Magna. Embora não deva haver impedimento onde o movimento e o progresso seja necessário, não se pode prescindir da estabilidade da Constituição. 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 à substituição por outra⁴.

¹ MIRANDA, Momentos constitucionais e mudança política, In: revista Direito e Cidadania, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.196.

² SANT'ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.149.

³ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.130.

⁴ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.131.

Embora a redação originária do texto constitucional seja a mais importante em determinado momento, a interpretação e a reforma da Constituição são experiências capitais da vivência constitucional. Michel Rosenfeld⁵ reflete acerca da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional: “Outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional. Dado que algumas constituições explicitamente restringem o âmbito das emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, em que ponto as emendas à Constituição ameaçam destruir a identidade constitucional?”⁶

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 estas limitações materiais impedirem a Constituição de acompanhar a evolução social, acabarão por cumprir exatamente o papel contrário àquele que se prestavam, uma vez que a rutura do ordenamento far-se-á inevitável, daí decorrendo o abandono do texto constitucional e a instabilidade social. Explica Gilmar Mendes que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua rutura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime de imutabilidade⁷.

Dessa forma, paradoxalmente, as cláusulas pétreas, quando concebidas como absolutas, tornam-se obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando insta-

⁵ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.132.

⁶ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.132.

⁷ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.133.

bilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional do que promovendo-se alterações pontuais através de emendas constitucionais⁸.

Nesse sentido, se, por um lado, a rigidez constitucional é imprescindível para manter a estabilidade constitucional, por outro, esta rigidez deve permitir que a evolução da sociedade seja acompanhada pela evolução da Constituição. Com essa finalidade, surgem mecanismos formais e informais de mudanças na Constituição, adequando-a com as transformações sociais e interagindo com estas⁹.

No presente estudo procuramos fazer uma análise das cláusulas pétreas como limite para o poder reformador e como consequência para as mutações constitucionais. Um estudo sistemático tomando por base o poder constituinte, definindo a revisão constitucional para por fim esmiuçar as cláusulas pétreas, tudo isso dentro de um quadro comparativo dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

1. MODIFICAÇÕES DA CONSTITUIÇÃO E VICISSITUDES CONSTITUCIONAIS

A modificabilidade da Constituição é um tema que nos leva a estabelecer ponderações acerca de suas necessárias limitações, a fim de que seja assegurada a sua supremacia e, com esta, sejam protegidos os valores de certeza e segurança jurídica. Um dos instrumentos para se alcançar a necessária estabilidade da Constituição é a rigidez constitucional que se revela um importante instrumento da limitação jurídica do poder¹⁰.

Rígidas são as constituições que somente são alteráveis

⁸ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.132.

⁹ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.132.

¹⁰ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.129.

por meio de procedimentos especiais, mais complexos e difíceis do que aqueles próprios à atividade comum do Poder Legislativo. A Constituição flexível, por sua vez, equipara-se, no que se refere ao rito de sua reforma, às leis comuns.

A rigidez constitucional, todavia, não se incompatibiliza com as mudanças. Segundo Adriana Zandonade¹¹: (...) O que caracteriza a rigidez é propriamente o fato de consistir a proteção mais obstinada e mais rigorosa da norma constitucional, que é alterável sim, porém, mediante um processo especial, mais complexo do que o previsto para a edição de normas infraconstitucionais.

Aliás, de outro modo, não se poderia conceber a rigidez, pois que a imutabilidade abalaria forçosamente os valores de estabilidade e de segurança jurídica (...). Com efeito, a imutabilidade da constituição impediria seu texto, necessários em razão da própria sociedade.

Não negam os doutrinadores a modificabilidade da Constituição, sendo frequente dentre os que se dedicam ao estudo do tema, a identificação de um procedimento formal e de um processo informal de alteração. O processo formal recebe a denominação genérica de reforma constitucional. Abrangendo a revisão e a emenda, enquanto o processo informal é denominado mutação constitucional¹².

As constituições rígidas, como a portuguesa e a brasileira, marcam a distinção entre o poder constituinte originário e os constituídos, inclusive o de reforma; reforçam a supremacia da Constituição, na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional; e levam, afinal, à instituição de mecanismo de controlo de constitucionalidade de leis, como garantia real da superlegali-

¹¹ ZANDONADE, *Mutação constitucional*, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Revista dos Tribunais Online)*, n. 35, abr./jun,2001, p.197.

¹² ZANDONADE, Adriana, *Mutação constitucional*, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Revista dos Tribunais Online)*, n. 35, abr./jun. 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, RT, São Paulo, 2001, p. 199.

dade das normas constitucionais¹³. Apesar disso, conforme ressalta Adriano Sant'Ana Pedra¹⁴, não se pode tolerar a ausência de limites (positivos e negativos) num Estado Democrático de Direito. A mutação constitucional somente pode ocorrer dentro dos limites impostos pela normatividade da Constituição. Dito de outra maneira, a mutação constitucional tem a sua atuação reduzida ao domínio permitido pela própria Constituição. Consoante cada circunstância, os parâmetros normativos impõem vedações, mitigações, condições ou induções às mutações constitucionais, tal como será visto em seguida

Jorge Miranda¹⁵ entende que a faculdade formal de revisão se destina a impedir que a Constituição seja flanqueada ou alterada fora das regras que prescreve (por se tornarem patentes as alterações feitas em sua observância). A rigidez nunca deverá ser, pois tal, que impossibilite a adaptação a novas exigências políticas e sociais: a sua exata medida pode vir a ser, a par (em certos casos) da flexibilidade, também ele garantia da Constituição.

2. O PODER CONSTITUINTE DE REFORMA

O poder constituinte, conforme entendimento de Celso Ribeiro Bastos¹⁶ é aquele que põe em vigor, cria ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional. De fato, por ocuparem estas o ápice da ordenação jurídica, a sua criação suscita caminhos próprios, uma vez que os normais da formação do direito, quais sejam, aqueles ditados pela própria ordem jurídica, não são utilizáveis quando se trata de elaborar a própria Constituição.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.135.

¹⁴ SANT' ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p 149-150.

¹⁵ MIRANDA Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2011.p.257.

¹⁶ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 45.

É certo que, na maior parte do tempo, as regras constitucionais mantêm-se em vigor e, nessas condições, esse poder não é exercitado, remanescendo, em consequência, no seu assento normal, que é o povo.

Segundo este autor, o poder constituinte só é exercido em ocasiões excepcionais. Mutações constitucionais muito profundas marcadas por convulsões sociais, crises económicas ou políticas muito grave, ou mesmo por ocasião da formação originária de um Estado, não são absorvíveis pela ordem jurídica vigente. Nesses momentos, a inexistência de uma Constituição (no caso de um Estado novo) ou a imprestabilidade das normas constitucionais vigentes, para manter a situação sob a sua regulação, fazem eclodir ou emergir este poder constituinte, que, do estado de virtualidade ou latência, passa a um momento de operacionalização do qual surgirão novas normas constitucionais.

É totalmente admissível que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la¹⁷, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade.

As mudanças são previstas e reguladas pela própria Constituição, que será alterada. A Constituição brasileira determinou ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão constituído o poder de emenda a Constituição. Por isso se lhe dá a denominação de poder constituinte instituído ou constituído. Por outro lado, como esse seu poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de poder constituinte derivado, embora pareça mais acertado falar

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.134.

em competência constituinte derivada ou constituinte de segundo grau. Trata-se de um problema de técnica constitucional, já que seria muito complicado ter que convocar o constituinte originário todas as vezes que fosse necessário emendar a Constituição. Por isso, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição Federal, instituiu um poder constituinte reformador, ou poder de reforma constitucional, ou poder emenda constitucional¹⁸.

O poder de reforma- expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (...) _ é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre o poder constituinte originário e o derivado justifica, conforme o magistério de Gilmar Mendes¹⁹, o estabelecimento de restrições a este.

Meirelles Teixeira²⁰ anota com toda a propriedade que não se pode admitir no poder constituinte derivado, exercido pelo Congresso Nacional, uma nova modalidade de poder, ao lado, doutrinariamente falando, dos poderes constituinte e constituído. Mas do que isso se acrescentaria que nem mesmo a designação “poder constituinte” é adequada.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello²¹, é incisivo ao estabelecer que o poder constituinte derivado merece o nome de constituinte na medida em que se trata de um poder constituinte reconhecido para modificar uma regra que é hierarquicamente superior a todas as outras, suficiente para constituir regra que será igualmente superior a todas as outras e, assim, cumprindo

¹⁸ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 2001, p.65.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.134.

²⁰ TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2003, p.47-48.

²¹ TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2003, p.47-48.

a mesma função que cumpria a Constituição posta pelo poder constituinte originário.

Fundamentalmente, contudo, o agente, ou sujeito da reforma, conforme entendimento de JOSÉ José Afonso da Silva²², é o poder constituinte originário, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder a modificações na Constituição, que a realidade exige. Nesse sentido, cumpre lembrar, com o prof. Manuel Gonçalves Ferreira²³, que poder de reforma constitucional ou, na sua terminologia, poder constituinte de revisão é aquele poder, inerente a Constituição rígida que se destina a modificar essa Constituição segundo o que a mesma estabelece.

Na verdade, o Poder Constituinte de revisão visa, em última análise, permitir a mudança da Constituição, adaptação da Constituição a novas necessidades, a novos impulsos, a novas forças, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução, sem que seja preciso recorrer ao Poder Constituinte Originário.

Nota Pedro de Veja²⁴ que, três são os aspetos em que opera a reforma na moderna organização constitucional democrática: a) em primeiro lugar, como instrumento de adequação entre realidade jurídica e a realidade política, e essa é a principal exigência que responde à reforma constitucional, visto que a realidade política é uma realidade em permanente devir e que na normatividade constitucional se cristalizam imperativos atemporais, fixos e permanentes, de sorte que esse ajuste se torna um imperativo de sobrevivência da própria Constituição e da sua função de garantia de uma ordem constitucional democrática; b) em segundo lugar, como mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado, exatamente para que aquela adequação das normas constitucionais à realidade, operada

²² SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 2001, p.65.

²³ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 2001, p.65.

²⁴ SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, 2000, p. 246.

através da reforma, se faça sem quebra da continuidade jurídica, porque o poder de reforma é um poder constituído que obtém sua legitimidade no próprio ordenamento jurídico, a operação de reforma é uma operação essencialmente jurídica, e, por isso, necessariamente submetida a limites, como vimos, pois reformar não significa destruí-la, mas, simplesmente, acoplá-la à realidade histórica, sem que perca sua identidade como estrutura conformadora do Estado; c) em terceiro lugar, como instituição básica de garantia, pois é através do procedimento de reforma que a Constituição se transforma em *Lex superior*, operando a separação entre lei constitucional e lei ordinária, invertendo o critério de interpretação das normas, já que os aforismos *Lex posterior derogat legi priori* e *Lex specialis derogat legi generali* são substituídos por este outro: *Lex superior derogat legi inferiori* _ do que decorre o surgimento de um poder de aferição da compatibilidade das normas inferiores com as normas superiores, pela instituição da jurisdição constitucional.

A verificação da conformidade constitucional da atuação do poder de revisão insere-se na sua confrontação com as normas constitucionais originárias, mormente com os limites à revisão ou reforma Constitucional, pois, se o poder de revisão ultrapassa tais limites delineados pela constituição, deixa de exercer poder jurídico, torna-se contrário e extravagante da ordem jurídica, passando para o campo do poder de fato, a exemplo do que ocorre nos golpes e revoluções; e aí já se está perante uma rutura na ordem constitucional e não perante uma revisão ou reforma²⁵.

3. A REVISÃO CONSTITUCIONAL

Nenhuma Constituição deixa de regular a sua revisão,

²⁵ NETTO, *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, 2009, p.74.

expressa ou tacitamente²⁶.

A revisão constitucional (a revisão em sentido próprio) é a modificação da Constituição expressa, parcial, de alcance geral e abstrato e, por natureza, a que traduz mais imediatamente um princípio de continuidade institucional²⁷.

É a modificação da Constituição com uma finalidade de autorregeneração e autoconservação, quer dizer, de eliminação das suas normas já não justificadas política, social ou juridicamente, de adição de elementos novos que a revitalizem, ou porventura, de consagração de normas preexistentes a título de costume ou de lei ordinária. É a modificação da Constituição nos termos nela própria previstos ou, na falta de estatuição expressa sobre o processo, nos termos que decorram do sistema de órgãos e atos jurídicos constitucionais; e insira-se a modificação diretamente no próprio texto constitucional ou aprove-se, para o efeito, uma lei constitucional autónoma²⁸.

Algumas Constituições preveem, com designações variáveis, quer uma revisão parcial quer uma revisão total. No entanto, nestas hipóteses, ou se trata tão só de renovar na totalidade um texto constitucional sem mudança dos princípios, por maioria muito agravada ou por meio de assembleia constituinte a convocar para o efeito, e então já se está no campo da transição constitucional²⁹.

A revisão tem sido entendida como transformação de um texto constitucional nos limites por ele estabelecidos sem perda da sua identidade matricial, com vista a adaptá-lo à nova realidade constitucional. Essa transformação é obviamente feita de acordo com novas ideias de direitos, sintetizadas na ideia de

²⁶ MIRANDA, *Momentos constitucionais e mudança política*, In: revista *Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.214.

²⁷ MIRANDA, *Momentos constitucionais e mudança política*, In: revista *Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.200.

²⁸ MIRANDA, *Momentos constitucionais e mudança política*, In: revista *Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.200.

²⁹ MIRANDA, *Momentos constitucionais e mudança política*, In: revista *Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.200.

direito da nova geração, mas nos limites estabelecidos pela Lei Constitucional. Significa isso que na revisão nem o futuro esmaga o passado, nem deve ser por este excessiva e desrazoavelmente limitado, devendo, por isso, a nova geração inscrever o seu contributo no texto constitucional, mas salvaguardando sempre a identidade originária desse texto³⁰.

A via permanente de reforma na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), a emenda constitucional ou a revisão constitucional, na Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP).

A emenda é o caminho normal que a lei maior estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto constitucional³¹.

O estatuto supremo tem nesse instrumento do processo legislativo o meio apropriado para manter a ordem normativa superior adequada com a realidade e as exigências revisionistas que se forem manifestando³².

Trata-se de institutos análogos, conforme veremos detalhadamente no decorrer deste relatório.

Toda a Constituição pode ser emendada, salvo a matéria constante de exclusão em virtude dos limites expressos e tácitos postos à ação inovadora do constituinte de segundo grau, aquele dotado apenas de competência constituinte constituída ou derivada, isto é, que procede da vontade absoluta e soberana do constituinte originário³³.

Os limites expressos cuja transgressão ocasiona a inconstitucionalidade da iniciativa de emenda, fazendo com que a proposta não seja sequer objeto de deliberação, são aqueles contidos no §4º do art. 60 da CRFB³⁴ e no art. 288 da CRP.

³⁰ BRITO, Wladimir, Tempo da revisão constitucional, *In: revista Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.247.

³¹ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2008, p.208-209.

³² BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2008, p.208-209.

³³ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2008, p.208-209.

³⁴ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2008, p.208-209.

Do ponto de vista material, os dois ordenamentos jurídicos trouxeram nesse tocante considerável inovação: a amplitude material do espaço reservado às vedações absolutas, que agora compreendem, de forma explícita a separação de poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, a par dos direitos e garantias individuais, além da forma de Estado de Direito e às liberdades, tanto dos indivíduos como os entes autônomos participantes da organização de nossa modalidade de sistema político pluralista³⁵.

Mas o poder de emenda ou revisão não se acha tolhido apenas por esses limites que acabamos de enunciar. Há outros não menos importantes e de igual eficácia que decorrem da natureza das instituições e são invioláveis; feri-los importaria suprimir a razão de ser da ordem constitucional e quebrantar o espírito da nossa forma de Estado de Direito abraçado à ideologia das liberdades democráticas.

Esses valores, providos também de supernormatividade formal e petrificados com a cláusula de intangibilidade do art. 60, §4º, facilmente se inferem de outros lugares da Constituição ou neles se acham já formulados, quais, por exemplo, o pluripartidarismo e a soberania nacional³⁶, no caso da CRFB e no extenso rol do art. 288 da CRP.

4. OS LIMITES À REVISÃO CONSTITUCIONAL

No poder originário não existem limitações jurídicas ao seu exercício.

O poder de reforma constitucional, ao contrário, é um poder instituído na Constituição. Portanto, há uma competência jurídica e, como tal, logicamente sujeita a limitações. Mas isso não se deu ao acaso³⁷.

³⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2008, p.208-209.

³⁶ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2008, p.208-209.

³⁷ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 61-62.

Num primeiro momento, as Constituições, assim que editadas, pretenderam-se eternas. Mas logo se constatou que esta imutabilidade era impossível de ser sustentada diante da evolução social³⁸.

É certo que não só pela aprovação de emendas que uma Constituição pode ser alterada. Ela modifica-se também pelo desenvolvimento progressivo da jurisprudência e pelo surgimento de novos usos e costumes. Há momentos em que a modificação por alguns desses caminhos não é possível de ser concluída, tornando-se necessário trilhar por outro, qual seja, o da revisão constitucional. Daí a existência do poder incumbido de levar a cabo esta tarefa: o poder reformador, previsto pela própria Constituição³⁹.

A revisão constitucional também é prevista na Constituição Portuguesa e foi justamente esse instituto que possibilitou levar a efeito as alterações necessárias para adequar o Texto Constitucional português às exigências para o seu ingresso na União Europeia (UE). Nesse sentido, esclarece Meyer-Pflug⁴⁰ que:

Não há negar-se que o tema da revisão constitucional é polémico por si só, pois, qualquer alteração na Constituição de um país leva a sérias consequências políticas e económicas, além de repercutir em todo o ordenamento jurídico. Todavia, em muitos momentos mostra-se a mesma imprescindível para a manutenção da força normativa da Constituição, bem como para a sua adaptação às novas realidades sociais, económicas e políticas⁴¹.

É nesse cenário que surge a necessidade de uma revisão constitucional que procure levar a efeito uma alteração sistemática e global do texto constitucional, preservando a sua identidade (cláusula pétreia), mas de maneira a adaptá-la às novas

³⁸ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 61-62.

³⁹ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 61-62.

⁴⁰ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 64-65.

⁴¹ BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 64-65.

realidades, bem como retirar algumas normas formalmente constitucionais, que acabam por fazer com que a Constituição perca a sua força normativa, sem contudo, a necessidade de uma rutura jurídica dramática, como a promulgação de uma nova Constituição⁴².

4. 1 LIMITES AO PODER DE REFORMA- ESPÉCIES

De todas as restrições impostas ao poder de reforma a que mais provoca polémica é a que constringe a atividade de reforma no seu conteúdo⁴³.

Se a reforma da Constituição tem por objetivo revitalizar a própria Constituição como um todo, é de entender que a identidade básica do texto deve ser preservada, o que, por si, já significa um limite à atividade da reforma. O próprio constituinte originário pode indicar os princípios que não admite que sejam modificados, como forma de manter a unidade no tempo do seu trabalho⁴⁴. (...) O sentido fundamental revela-se, contudo, o mesmo: garantir, em revisão, a intangibilidade de certos princípios _ porque é de princípios que se trata, não de preceitos avulsos (os preceitos poderão ser eventualmente modificados, até para a clarificação ou reforço de princípios, o contrário seria absurdo⁴⁵).

Classificações mais significativas de disposições sobre limites materiais podem sugerir-se três: classificações quanto ao alcance das normas donde constam os limites, quanto ao objeto e quanto à natureza⁴⁶.

Quanto ao alcance das cláusulas de limites, encontram-se

⁴² BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 2010, p. 64-65.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.139.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.139.

⁴⁵ MIRANDA Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2011.p.271.

⁴⁶ MIRANDA Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2011.p.272.

cláusulas gerais (sejam cláusulas meramente gerais, sejam cláusulas enunciativas) e cláusulas individualizadoras de certos e determinados princípios. Quanto ao objeto, os limites podem abranger princípios atinentes a todas as matérias constitucionais e limites atinentes apenas a algumas. Quanto à natureza, os limites são, uns, específicos da revisão constitucional e, outros, antes de mais, limites do poder constituinte (originário)⁴⁷.

Enquanto que as cláusulas genéricas respeitam a toda a estrutura da Constituição, fazendo como que uma síntese daquilo que nela existe de essencial, as cláusulas individualizadoras têm como alvo algum ou alguns princípios tidos por mais importantes na perspectiva sistemática ou, sobretudo, no contexto histórico da Constituição (como princípio republicano em jovens repúblicas ou o princípio monárquico em velhas monarquias)⁴⁸.

Existe uma polêmica doutrinal acerca dos limites materiais, que ocorre devido ao problema da vinculação das gerações futuras nos alvares do constitucionalismo

Gomes Canotilho afirma que, o verdadeiro problema levantado pelos limites materiais é o de saber se será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pauparam o legislador constituinte⁴⁹.

Para Miguel Nogueira de Brito, os direitos do homem são direitos de todas as gerações de homens, e não podem ser monopolizados por qualquer uma delas⁵⁰.

Sendo assim, o poder de revisão limita “o consentimento dos vivos” e permite articular a estabilidade constitucional com a democracia⁵¹.

⁴⁷ MIRANDA Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2011.p.272.

⁴⁸ MIRANDA Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2011, p.272.

⁴⁹ GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p. 943.

⁵⁰ BRITO, *A Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*, Coimbra, 2000, p.126.

⁵¹ BRITO, *A Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Consti-*

O ordenamento jurídico opera normalmente com base no princípio *Lex posterior derogat priori*. Todavia, o que se exige dos limites de revisão é a permanência de determinados aspetos da constituição independente de quaisquer pretensões em contrário dos últimos representantes democraticamente eleitos. Existe assim uma inversão da prioridade temporal ordinária⁵².

Há, afinal, as limitações materiais ao poder de reforma. O poder constituinte originário pode estabelecer que certas opções que tomou são intangíveis. Terá consagrado o que se denomina *Clausula pétre*a⁵³.

Portanto, para além da distinção usualmente afetada entre limites de revisão expressos e implícitos ou tácitos, é igualmente usual as constituições conterem limites materiais e formais: os primeiros consistem em vínculo de imodificabilidade de normas constitucionais (ou pelo menos de um seu núcleo), os segundos reconduzem-se ao procedimento legislativo ordinário. A distinção entre limites formais e materiais tem o seu paralelo na distinção entre uma solução material ou formal da mencionada relativização, cujo critério reside designadamente na aceitação ou não de limites materiais implícitos⁵⁴.

5. TRATAMENTO TEÓRICO DOS LIMITES À REVISÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

O tratamento da revisão ou reforma constitucional e dos seus limites insere-se no contexto da consagração da Constituição como instrumento formal e requer considerar a classifica-

tuição, Coimbra, 2000, p.127.

⁵² BRITO, A *Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*, Coimbra, 2000, p.154.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.138.

⁵⁴ BRITO, A *Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*, Coimbra, 2000, p.390.

ção das Constituições como rígidas e flexível, o que mais uma vez reforça a ideia de que a Constituição é elemento essencial da realidade constitucional, pois ainda que se criem mecanismos dificultados para alterar o texto maior, este não se encontra perentoriamente fechado a mudanças⁵⁵.

Apenas como elemento de ilustração, aponta-se o número elevado de emendas à CRFB/88- até 02/04/2013, foram 72 (1.215 PEC tramitam no Congresso)⁵⁶.

A CRP/76 também não ficou imune a alterações, o que demonstram as 7 revisões constitucionais ocorridas; esse reduzido número de leis de revisão não pode ser tomado isoladamente para efeito de comparação, por exemplo, com as modificações sofridas pela Constituição brasileira, pois o processo de revisão em Portugal leva à tramitação conjunta e à edição de uma lei de revisão “consolidada” que, apesar de ser uma só, pode ser extensão considerável de efeitos modificativos sobre o texto constitucional.

Para CANOTILHO⁵⁷, no caso dos limites materiais expressos, “as constituições selecionam um leque de matérias, consideradas como o cerne material da ordem constitucional, e furtam essas matérias à disponibilidade do poder de revisão.” A natureza limitada do poder de revisão exige que sua atuação se desenvolva inserida em conexão de sentido com as escolhas fundamentais plasmadas no texto constitucional; impõe-se um mínimo de receção dos limites materiais pela Constituição, ainda que limites textuais implícitos, sob pena de conversão da Constituição em “lei provisória”, em “Constituição em branco”.

Jorge Miranda⁵⁸ concorda com essa corrente doutrinária,

⁵⁵ NETTO, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, 2009, p.80.

⁵⁶ Data da publicação da última emenda, em 02.04.2013.

⁵⁷ NETTO, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, 2009, p.83.

⁵⁸ NETTO, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, 2009,

segundo a qual as cláusulas de limites materiais não são constitutivas, mas declaratórias, pois estes limites decorrem da coerência dos princípios constitucionais. A aceitação de limites materiais à revisão constitucional liga-se ao reconhecimento da diferença qualitativa entre poder constituinte e poder de revisão, restringindo a função deste a reformar a Constituição existente sem desfigurá-la.

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, as cláusulas pétreas de limites materiais são passíveis, 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 objeto de revisão, com as consequências 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 defendida pelo prof. Jorge Miranda, dispõe que 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 isto afetar, 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 eles

próprios 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, se continuarem a ser observados. Se forem eliminadas cláusulas de limites impróprios ou de segundo grau, como são elas que os constitui como limites, este ato 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 revisão⁵⁹.

Para José Carlos Francisco⁶⁰ 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 tempo⁶¹.

6. QUADRO COMPARATIVO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA CONCERNENTE AOS LIMITES À REVISÃO CONSTITUCIONAL

Não se esquecendo da existência de limites implícitos, analisaremos os limites materiais explícitos, objeto central deste trabalho, que se encontram expressos no ordenamento jurídi-

⁵⁹ NETTO, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, 2009, p.85.

⁶⁰ NETTO, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, 2009, p.86.

⁶¹ NETTO, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, 2009, p.86.

co brasileiro e português.

Quanto à Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, os limites que se encontram expressos ou explícitos no texto constitucional podem ser divididos em:

- Limites orgânicos formais, que determinam a competência e o processo a ser respeitado na atividade de reforma constitucional;
- Circunstanciais, que impedem a emenda fora da normalidade constitucional;
- Materiais, que retiram do campo suscetível de emenda certas matérias;
- Um limite substancial- temporal, que impede a reapreciação de matéria na mesma sessão legislativa, tudo conforme o art. 60, CRFB/88⁶².

Já a Constituição da República portuguesa de 1976, também traz previsões explícitas de limites à revisão constitucional.

Trata primeiramente da competência e do tempo da revisão, estabelecendo limites temporais e ao mesmo tempo orgânicos- formais no art. 284 e orgânico-formais nos art. 285, 286. No art. 288, encontram-se arrolados os limites materiais explícitos e no art. 289, a limitação circunstancial.

Há ainda previsão do art. 287, que diz respeito à incorporação das alterações provindas da revisão no texto constitucional.

Conforme vemos, as Constituições brasileira e portuguesa possuem certo paralelismo quanto à reforma ou revisão constitucional, apesar de apresentarem especificidades.

A primeira semelhança está na rigidez de ambos os textos constitucionais, evidenciado na previsão explícita de limites formais que diferenciam a revisão constitucional do processo legislativo comum e na proteção a um núcleo material intangí-

⁶² NETTO, *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, 2009, p.75.

vel⁶³.

Os limites materiais explícitos à revisão encontram guarida nas ordens constitucionais, tanto brasileira como portuguesa.

Na CRFB/88, as chamadas ‘cláusulas pétreas’ vedam emendas à Constituição tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º).

Na CRP/76, a enumeração abrange 14 alíneas, protegendo um leque de matérias que as leis de revisão têm que respeitar entre as quais se encontram a independência nacional e a unidade do Estado, a forma republicana de governo, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, os direitos dos trabalhadores, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico, a separação e interdependência dos órgãos de soberania.

Diante do exposto, verifica-se certo paralelismo entre os dois ordenamentos no que diz respeito à rigidez de ambos os textos constitucionais, como também na proteção a um núcleo material intangível.

7. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O adjetivo pétrea deriva de pedra, que consiste em “duro como pedra”, “insensível”, “pedroso”. Traduzindo para o campo do Direito Constitucional: cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal⁶⁴.

São limitações referentes à matéria, constituindo barreira irremovível ao poder de reforma.

7.1 NATUREZA DA CLÁUSULA PÉTREA

⁶³ NETTO, *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, 2009, p.76.

⁶⁴ BULOS, *Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade*, Revista de Direito Administrativo, Renovar, n.º319, jul-set, 1999, p.119.

No concernente às cláusulas pétreas existem três correntes doutrinárias. Três principais correntes se manifestam. 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 que, admitindo tais limites, os torna apenas como relativos suscetíveis de remoção através da dupla revisão ou de duplo processo de revisão⁶⁵.

Nesse sentido, a doutrina procura buscar meios de ir além destas limitações sem que uma revolução seja necessária. Alguns juristas defendem que o argumento dos que sustentam serem juridicamente inaceitáveis as cláusulas pétreas (Loewenstein e Joseph Barthélemy) apega-se à ideia de que não haveria uma diferença de substância entre o poder constituinte de revisão e o originário, sendo ambas as formas de expressão da soberania do Estado. Ambos são exercidos, num regime democrático, por representantes do povo, por ele eleitos. Não haveria por se considerar o poder constituinte exercido num certo momento como superior a vontade do poder de revisão expressa posteriormente. Diz-se desarrazoado supor a existência de uma autolimitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário. A declaração de intangibilidade, por isso, teria uma função política, mas não força jurídica⁶⁶.

As limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se por um lado protegem o ordenamento jurídico contra investidas ilegítimas, por outro impedem que este mesmo ordenamento jurídico evolua. Nesse sentido, esta intangibilidade de certos dispositivos constitucionais merece profunda reflexão. Michel Rosenfeld afirma a este respeito que sempre será possível que a identidade constitucional seja rein-

⁶⁵ SANT'ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.116.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.139.

terpretada e reconstruída⁶⁷.

Com muita propriedade Manuel Gonçalves Ferreira Filho frisa que⁶⁸: “essas proibições (as cláusulas pétreas, como se usa dizer) não têm o peso e o sentido que a elas querem dar certos juristas. Elas não “petrificam” o direito constitucional positivo e por meio dele o ordenamento jurídico do país”.

Já o autor Carlos Ayres Britto⁶⁹ discorda dos que veem as cláusulas pétreas como normas cumpridoras de uma função impeditiva da atualização da Magna lei. Tratando-se de uma Constituição de vanguarda como a nossa, “suas cláusulas pétreas cumprem é o decisivo papel de perseverar nesse avanço” de impedir o retrocesso, de garantir, enfim, a intocabilidade do teor progressista de que ela se reveste. “Tais cláusulas operam, em verdade, como garantia do avanço então obtido, como penhor de não retrocesso das conquistas jurídicas a que democraticamente se chegou.”

Além disso, os contornos delineados pelas cláusulas pétreas não implicam que elas sejam intocáveis. A esse respeito, precisas são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁰: “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 fundamen-

⁶⁷ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.114.

⁶⁸ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.114.

⁶⁹ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.114.

⁷⁰ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.115.

tais (a despeito de constituírem 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.”.

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 defendida por Jorge Miranda⁷¹, dispõe que 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 isto afetar, 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 garantidos, por faltar, doravante, a interposição de preceitos expressos a declará-los. Mas somente haverá 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 ato acarretará, porém, automati-

⁷¹ SANT'ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.116.

camente, o desaparecimento dos respetivos limites, que, assim, em próxima revisão, já não terão de ser observados. É só, a este propósito, que pode falar-se em dupla revisão.

Vital Moreira⁷² prefere designar como “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. Sem segundo lugar, se o sentido da referida norma fosse apenas o de tornar necessária uma “revisão em duas voltas”, então a Constituição teria dito isto. 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, através 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 rutura constitucional ‘a frio’.”

Para Carlos Ayres Britto⁷³, a técnica da dupla revisão é o “o que há de mais atécnico, à luz de uma depurada Teoria da Constituição”. 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, Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁴ argumenta

⁷² SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.118.

⁷³ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.119.

⁷⁴ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.119.

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 Francisco⁷⁵ 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.

Assim, aceita-se que o poder constituinte originário estabeleça que certas cláusulas estejam ao abrigo de mudanças, mas se propõe que essa determinação somente deverá ser observada enquanto ela própria estiver em vigor, podendo ser revogada pelo poder de revisão⁷⁶.

O sentido básico do estabelecimento de limites materiais seria, assim, o de aumentar a estabilidade de certas opções do constituinte originário, assegurar-lhe maior sobrevida, por meio do agravamento do processo da sua substituição⁷⁷.

O argumento dos que têm a limitação como absolutamente vinculante e imprescindível ao sistema parte do pressuposto de que o poder de revisão, criado pela constituição, deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário⁷⁸.

⁷⁵ SANT’ANA PEDRA, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 2013, p.120.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.140.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.140.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.140.

Se o poder de revisão se liberta totalmente da Constituição teremos uma Constituição nova, o poder de revisão ter-se-á arrogado, então, a condição de poder constituinte originário. Na faculdade de reformar a Constituição não se inclui a de dar uma nova Constituição ao Estado⁷⁹.

Raciocina-se, ainda, contra a tese da dupla revisão, que só faz sentido declarar imutáveis certas normas se a própria declaração de imutabilidade também for. Do contrário, frustraria a intenção do constituinte originário⁸⁰.

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Elimina-la é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantido por ela⁸¹.

7.2 ALCANCE DA PROTEÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

A cláusula pétrea tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional _ ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a rutura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador. Nesse sentido, Jorge Miranda⁸² lembra que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados.

Por isso também se leciona que a mera alteração redacio-

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.140.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.140.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.140.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.141.

nal de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.

Há quem aceite, como o autor Gilmar Mendes⁸³, que mesmo as cláusulas pétreas não estabelecem a absoluta intangibilidade do bem constitucional por ela alcançado. Diz-se que, conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusulas pétreas poderiam ser modificados ou suprimidos.

A garantia de permanência em que consiste a cláusula pétreia, em suma, imuniza o sentido dessas categorias constitucionais protegidas contra alterações que reduzem o seu núcleo básico ou debilitam a proteção que fornecem. Nesse sentido deve-se compreender o art. 60, §4º, da CF, como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir, o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direito, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

7.3 CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS EM FACE DE CLÁUSULAS PÉTREAS

As limitações ao poder de reforma teriam reduzido efeito prático se não se admitisse o controlo jurisdicional da observância das restrições que o constituinte originário impôs ao poder constituído.

No Brasil, há muito o Supremo Tribunal Federal (STF) entende possível esse exame. Ainda na Primeira República, admitiu a discussão sobre a validade da Reforma Constitucio-

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.142.

nal de 1925/1926 em face de decretação de estado de sítio e por não ter sido aprovada pela totalidade dos membros de cada Casa Legislativa. O STF proclamou válida a revisão, entendendo-se, portanto, competente para avaliar a legitimidade de emenda à constituição _ inteligência que se manteve firme desde então⁸⁴.

Mais atualmente, no MS 20.257 (RTJ, 99/1031)⁸⁵, o STF decidiu ser cabível o mandado de segurança em que se ataque proposta de emenda constitucional desrespeitosa de clausula pétrea, apontando-se que a inconstitucionalidade já existe antes de a proposta se transformar em emenda, uma vez que o seu “próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”.

A legitimidade para o ajuizamento do mandado de segurança é reconhecida apenas ao parlamentar federal, pois é ele quem tem o direito subjetivo de não ser convocado para participar de votação inconstitucional.

Assim, é seguro que o Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição. Isso pode ser feito depois de a emenda haver sido promulgada, em casos concretos, por qualquer juiz, podendo também efetuar-se o controle abstrato, pelo STF, por meio de ação direta de inconstitucionalidade. O controle pode ocorrer antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, reconhecendo-se legitimação para agir exclusivamente ao congressista⁸⁶.

8. AS CLÁUSULAS PÉTREAS EM ESPÉCIES

8.1 FORMA FEDERATIVA DO ESTADO

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.142.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.142.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.143.

Não é passível de deliberação a proposta de emenda que desvirtue o modo de ser Federal do Estado criado pela Constituição, em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competência entre o governo central e os locais, consagrada na Lei Maior, onde os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão⁸⁷.

A repartição de competência é crucial para a caracterização do Estado Federal, mas não deve ser considerada insuscetível de alterações. Não há obstáculo à transferência de competências de uma esfera da Federação para outra, desde que resguardado certo grau. Decidiu-se, igualmente, que a exigência de que seja obedecido calendário a ser fixado por lei complementar federal, acrescida aos requisitos para que a lei estadual crie, incorpore, desmembre ou realize a fusão de Municípios não hostiliza a Cláusula pétrea do art. 60, §4º, I, da CF.

O STF decidiu q a emenda à Constituição que fere o princípio da imutabilidade tributária recíproca entre entes da Federação agride a cláusula pétrea da forma federal do Estado⁸⁸.

8.2 SEPARAÇÃO DE PODERES

O desígnio da separação dos poderes desenvolvido pelo constituinte originário é importante. A emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria. Essa cláusula pétrea revela como problemática uma proposta de emenda à Constituição que pretenda instaurar o parlamentarismo. Tal emenda estaria, ainda, em linha

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.143.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.144.

colidente com a decisão direta do poder constituinte originário, tomada no plebiscito ocorrido por força do disposto no art. 2º do ADCT⁸⁹.

8.3 O VOTO DIRETO, SECRETO, UNIVERSAL E PERIÓDICO

A escolha dos agentes políticos pelo voto direto da população está assegurada, impedindo-se as eleições indiretas. A eleição do Chefe do Executivo, por exemplo, não pode ser entregue, por meio de emenda à Constituição, a um colégio eleitoral, mesmo que composto por agentes políticos apontados pelo voto popular⁹⁰.

A garantia do voto secreto, entendida como elemento fundamental do sistema democrático, tão pouco pode ser suprimida por meio de emenda.

Ao tomar o voto universal cláusula pétrea, o constituinte cristalizou também o universo eleitoral. Impede-se, assim, que uma emenda venha a excluir o voto do analfabeto ou do menor entre 16 e 18 anos, que o constituinte originário facultou (art. 14, II).

A periodicidade dos mandatos é consequência do voto periódico estabelecido como cláusula pétrea. Uma emenda não está legitimada para transformar cargos políticos que o constituinte originário previu como suscetíveis de eleição em cargos vitalícios ou hereditários. Isso, aliado também à decisão do poder constituinte originário colhida das urnas do plebiscito de 1993 sobre a forma de governo a uma emenda monarquista⁹¹.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.144.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.144.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.145.

8.4 OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

No tocante aos direitos e garantias individuais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis. Não poderia o constituinte derivado, por exemplo, contra garantia expressa no rol das liberdades públicas, permitir que, para determinada conduta (e. g., assédio sexual), fosse possível retroagir a norma incriminante⁹².

Esses direitos e garantias individuais protegidos são enumerados no art. 5º da Constituição e noutros dispositivos da Carta.

8.5 DIREITOS SOCIAIS E CLÁUSULAS PÉTREAS

Há polémica quanto, a saber, se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, §4º, da CF, também os direitos sociais estariam protegidos como clausulas pétreas. De um lado, nega-se que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma, argumentando-se que aquele dispositivo da Lei Maior fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, género de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. Se o inciso IV do § 4º do art. 60 não aludiu a direitos sociais, não os terá tomado como especialmente protegidos. Diz-se, ainda, que essa teria sido uma opção do constituinte, atenta à diferenciada estrutura entre direitos individuais e direitos sociais. Como estes últimos, por serem direitos a prestação, estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis, não poderiam ser firmados como imodificáveis⁹³.

Contudo, argui-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados clausulas pétreas. No título I da Consti-

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.145.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.145.

tuição (Dos princípios fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade devem ser compreendidos no contexto também das outras normas do mesmo. Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdade sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do §4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcance a eficácia mínima desses direitos.

Os adeptos desta última corrente veem cláusulas pétreas em diversos dispositivos constitucionais além daqueles enumerados nos arts. 6º a 11 da CF. No que se refere ao direito ao ensino, entendem petrificada a norma que prevê o ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I, da CF)⁹⁴.

8.6 CRIAÇÃO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu nú-

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.146.

cleo essencial amesquinhado, não impede, evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente. A questão que pode ser posta, no entanto, é a de saber se os novos direitos criados serão também eles cláusulas pétreas. Para enfrentá-la é útil ter presente o que se disse sobre a índole geral das cláusulas pétreas. Para enfrentá-la é útil ter presente o que se disse sobre a índole geral das cláusulas pétreas. Lembre-se que elas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário sobre o de reforma. Por isso, aquele pode limitar o conteúdo das deliberações deste. Não faz sentido, porém, que o poder constituinte de reforma se limite a si próprio. Como ele é o mesmo agora ou no futuro, nada impedirá que o que hoje proibiu, amanhã permita. Enfim, não é cabível que o poder de reforma crie cláusulas pétreas. Apenas o poder constituinte originário pode fazê-lo⁹⁵.

Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha a estabelecer _ diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar _ não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente.

Contudo, há aqui uma ressalva. É possível que uma emenda à Constituição acrescente dispositivo ao catálogo dos direitos fundamentais sem que, na realidade, esteja criando direitos novos. A emenda pode estar apenas especificando direitos já concebidos pelo constituinte originário. O direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicado. Neste caso, a cláusula pétrea já o abrangia, ainda que implicitamente. É o que se deu, por exemplo, com direito à prestação jurisdicional célere somado, como inciso LXXVIII, ao rol do art. 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Esse direito já existia, como elemento necessário do direito de acesso à Justiça _ que há de ser ágil para ser efetiva _ e do princípio

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.147.

do devido processo legal, ambos assentados pelo constituinte⁹⁶.

8.7 DIREITOS PREVISTOS EM TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Uma importante corrente doutrinária sustentou que os direitos humanos previstos em tratados internacionais configurariam não apenas norma de valor constitucional como também cláusulas pétreas. Essa tese não obteve a adesão do STF, que, antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, diversas vezes recusou status constitucional aos direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José⁹⁷.

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se, entretanto, a admitir que os tratados “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarão de status constitucional. A emenda não impede que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro. As normas do tratado valerão, nessa hipótese, com status infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, status de Emenda Constitucional⁹⁸.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.147.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.148.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.148.

8.8 CLÁUSULAS PÉTREAS DA GARANTIA DO DIREITO ADQUIRIDO

Se em relação ao poder constituinte originário está bem assentada a inoponibilidade a ele de direito adquirido, verifica-se controvérsia quando se cuida de saber de uma emenda à Constituição está legitimada para desprezar direitos adquiridos antes dela.

Encontram-se vozes tanto no sentido de que o poder de revisão não pode desnaturar, nos casos concretos, os direitos já incorporados ao património jurídico dos seus titulares, como no sentido de que isso não é impossível.

Sustentando a primeira posição, invoca-se a história da garantia do direito adquirido, para mostrar que o destinatário da sua vedação é o legislador ordinário.

A garantia do direito adquirido estaria ordenada apenas para restringir a atividade do legislador infraconstitucional, não obstando à ação do constituinte derivado. Reforça-se o argumento com a invocação do texto do art. 5º, XXXVI, da CF, que impede a lei de prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, uma emenda à Constituição não poderia permitir que a lei ordinária retroagisse em detrimento de direitos adquiridos, mas nada obstaria a que a emenda, ela própria o fizesse. A não ser assim, o ordenamento quedaria excessivamente impossibilitado para promover mudanças que a nova hora estimasse justas, consistindo isso um indesejável estímulo ao rompimento da ordem constitucional⁹⁹.

A segunda posição anotada parte do suposto que a garantia do direito adquirido foi concebida também em face do legislador constitucional. O revisor da Constituição não poderia suprimir essa garantia do texto constitucional, nem poderia

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.149.

menosprezar direitos adquiridos anteriormente. Afirma-se que, quando o art. 5º, XXXVI, da Constituição determina que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o termo lei não é referido na sua aceção estrita, mas abrange todos os instrumentos normativos, inclusive as emendas à Constituição. Argumenta-se que, “se assim não fosse, estaríamos admitindo que só a lei (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o direito adquirido (...) Em consequência, os decretos legislativos e as resoluções, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação prevista e determinada pelo inciso XXXVI?”. Noutras linhas, argumenta-se que a proteção ao direito adquirido visa conferir eficácia a outro princípio, referido no caput do art. 5º da Constituição _ o postulado da segurança jurídica _, reforçando-se a ideia de que uma emenda não está apta para atuar em descaso para com situações consolidadas antes dela.

Em 2006, o STF, por apertada maioria de um voto, entendeu que membros aposentados da Corte, que recebiam quantia superior ao teto salarial extraído da Emenda Constitucional n. 41/2003, faziam jus _ tendo adquirido direito a tanto, insuscetível de ser atingido pela Emenda_ a continuar a receber montante que superava o teto, até que a quantia excedente viesse a ser absorvida por subsídio posterior de maior valor¹⁰⁰.

Por ferir direito adquirido e a garantia da coisa julgada, além de destoar do direito fundamental à igualdade, o STF suspendeu, por inconstitucionais, dispositivos da Emenda n. 30/2000 à Constituição, confirmando, uma vez mais, a possibilidade de se arguirem esses direitos e garantias individuais contra deliberações do poder constituinte de reforma¹⁰¹.

8.9 CLÁUSULAS PÉTREAS IMPLÍCITAS

¹⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.149-150.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.150.

As limitações materiais ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, §4º, da Carta da República. O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da Constituição ideada pelo poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a Constituição não equivale ao poder de dar ao País uma Constituição diferente, na sua essência, daquela que se deveria revigorar por meio da reforma.

Como se viu, a própria cláusula de imutabilidade (art. 60, §4º) não pode ser tida como objeto de ab-rogação, não obstante não haja proibição expressa nesse sentido. Os princípios que o próprio constituinte originário denominou fundamentais, que se leem no Título inaugural da Lei Maior, devem ser considerados intangíveis.

A natureza do poder constituinte de reforma impõe-lhe restrições de conteúdo. É usual, nesse aspeto, a referência aos exemplos concebidos por Nelson da Souza Sampaio, que arrola como intangíveis à ação do revisor constitucional: a) As normas concernentes ao titular do poder constituinte, porque este se acha em posição transcendente à Constituição, além de a soberania popular ser inalienável; b) As normas referentes ao titular do poder reformador, porque não pode ele mesmo fazer a delegação dos poderes que recebeu, sem cláusula expressa que o autorize; e c) as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder delegado não pode alterar as condições da delegação que recebeu¹⁰².

O Sistema de mudança constitucional que se acaba de mencionar é o formal e deliberado. Existem também processos não formais de mudança constitucional. São mutações constitucionais que se operam no correr da história de uma Constituição (...). São mutações semânticas que transformam o sentido,

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2009, p.150-151.

o significado e o alcance da Constituição, sem lhe alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto. Isso se dá por força da modificação das tradições, da adequação político social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado.

O processo de mudança formal da Constituição ocorre de forma deliberada por via de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas na própria Constituição para o exercício do poder reformador. A doutrina brasileira não é precisa no emprego dos termos reforma, emenda e revisão constitucional. Ainda que, haja alguma tendência em considerar o termo reforma como gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das Constituições, que se revelam especialmente mediante o procedimento de emendas e o procedimento de revisão, a maioria dos autores, contudo, em face das Constituições brasileiras, têm empregado indistintamente os três termos.

Pontes de Miranda¹⁰³ faz distinção, mas emprega como sinónimas as palavras reforma e revisão. Seu texto esclarece a terminologia por ele aceite: “A reforma ou revisão pode ser total, se ao poder reformador (constituente de segundo grau) é dado, no momento, mudar todas as regras jurídicas ou algumas regras jurídicas.

Como Pinto Ferreira e Meirelles Teixeira, entendemos que a expressão “reforma” deve ser empregada em sentido genérico para abranger a emenda e a revisão, com significação distinta. A emenda constitucional consistiria apenas em acréscimo de dispositivos, supressão ou alteração de outros, mudanças pontuais; enquanto a revisão constitucional suporia, já, modificações mais amplas, mais profundas, do texto constituio-

¹⁰³ SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, 2000, p.241-243.

nal¹⁰⁴.

9. AS CLÁUSULAS PÉTREAS NO DIREITO PORTUGUÊS

Portugal, possui, sem dúvida, a maior lista de princípios que uma revisão é obrigada a respeitar — alíneas a) a o) do art. 288-, conforme ensina Jorge Miranda¹⁰⁵, a Constituição Portuguesa estabelece, em seu art. 288, as seguintes limitações explícitas materiais ao poder reformador: a) independência nacional e a unidade do Estado; b) a forma republicana de governo; c) a separação das igrejas do Estado; d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) a coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social dos meios de produção; g) a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; h) o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direitos de oposição democrática; j) a separação e a interdependência dos órgãos de soberania; l) a fiscalização de constitucionalidade por ação ou omissão de normas jurídicas; m) a independência dos tribunais; n) a autonomia das autarquias locais (governos municipais); o) a autonomia político administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira. Jorge Miranda crê entretanto, que “a natureza do preceito é declarativa e não constitutiva (ele declara, não cria limites materiais, estes decorrem da coerência dos princípios constitucionais)”.

¹⁰⁴ SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, 2000, p.241-243.

¹⁰⁵ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005 p.108.

Para VITAL MOREIRA¹⁰⁶, o art. 288 da Constituição portuguesa “é sumário de toda a tradição constitucional democrática”, concentrando as grandes conquistas históricas do seu povo, através da revolução liberal do século XIX (liberdades civis e políticas, governo representativo), e da Revolução Republicana de 1910 (forma republicana de governo, separação do Estado e das igrejas, alargamento dos direitos civis e políticos), e da revolução democrática de 25 de abril de 1974 (direitos dos trabalhadores, eliminação do capitalismo monopolista, organização democrática do Estado, autonomia local e regional). Os limites aí expressos representam tudo aquilo que sempre deveria ser considerado implícito na Constituição, tendo a vantagem de impedir polémicas de interpretações sobre saber quais seriam os verdadeiros limites de reforma, tal como ocorre nos países cujas constituições não enumeram taxativamente referidas limitações. Entretanto, as cláusulas pétreas portuguesas visaram refletir uma transitória hegemonia ideológica, relacionada à conceção socialista revolucionária do Estado e da sociedade que se verificou nas instâncias de decisão política logo após a Revolução dos Cravos. Uma vez dissolvida aquela hegemonia, tentou-se flexibilizar a petrificação excessiva que decorria do art. 288.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto anteriormente, os limites materiais encontram-se em constituições rígidas e flexíveis, independentemente de previsão explícita e cláusula específica. Os limites materiais, ainda que não indicados expressamente, ainda que não denominados de limites, são inerentes à constituição na sua condição de elementos essenciais que permitem identificar as escolhas fundamentais operadas pelo poder constituinte; sua

¹⁰⁶ SANT’ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005 p.109.

inobservância, causadora de descaracterização do perfil constitucional, leva a instauração de nova Constituição, suplantando-se o âmbito da mera reforma. Os limites materiais podem ser reconduzidos à ideia de ‘Constituição material’, o que explica, em grande medida, a sua relevância jurídica.

Diante do exposto, podemos concluir acerca dos limites materiais à revisão constitucional: a) São inerentes à noção de Constituição; b) Independem de previsão expressa; c) Referem-se aos elementos-axiológicos e principiológicos-fundamentais da Constituição, protegendo-os contra alterações; d) Garantem, por meio da impossibilidade de mudança, certa estabilidade constitucional; e) Não inviabilizam, dentro das balizas que estabelecem alterações que permitam adaptar a Constituição à realidade; f) Conduzem à rutura na ordem constitucional uma vez desrespeitada.

Quanto às cláusulas pétreas, estas 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 rutura 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 vindoura¹⁰⁷.

São limites transcendentais à ordem constitucional positivada e, assim, são eficazes na limitação do exercício da competência reformadora.

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 Constituição. Dessa forma, pode também ser apontada como uma limitação implícita aquela atinente à supressão do próprio artigo 60, §4º, CRFB.

¹⁰⁷ SANT’ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, 2005, p.94.

Nesse sentido, a doutrina procura buscar meios de ir além destas limitações sem que uma revolução seja necessária. 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, as cláusulas pétreas de limites materiais são passíveis, 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 objeto de revisão, com as consequências inerentes¹⁰⁸.

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.

Conforme foi visto ao longo do presente estudo, 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.

Entendemos que seja possível transcendermos a tais limitações materiais dentro de um paradigma de um Estado democrático-participativo, sem recorrer às ideias lançadas anteriormente, levando em consideração a permanência do poder constituinte.

¹⁰⁸ SANT'ANA PEDRA, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas Mutação*, 2005, p.116.



BIBLIOGRAFIA

- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., Saraiva, São Paulo 2010.
- BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004.
- _____, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008.
- BRITO, Luís Miguel Nogueira de, *A Constituição Constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*, Coimbra, 2000.
- BRITO, Wladimir, Tempo da revisão constitucional, *In: revista Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17, 2002/2003, p.219-252.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade*, Revista de Direito Administrativo, Renovar, n.º319, jul-set, Rio de Janeiro, 1999, p.119.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires, *Interpretação Constitucional*, 3.ª ed., Saraiva, São Paulo 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira/ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*. 7.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- MIRANDA Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3.ªed., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- _____, *Momentos constitucionais e mudança política*, *In: revista Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 16/17,

2002/2003, p.179-217.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 6.^a ed., Coimbra, 2007.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra, 2001.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra, 2001.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e, Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional, JusPodium, Salvador, 2009.

SANT'ANA PEDRA, Adriano, *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, 1^a Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

_____, *A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2005.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20^a Ed., Malheiros, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, Malheiros, São Paulo, 2000.

TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, 2.^aed., Saraiva, São Paulo, 2003.

ZANDONADE, Adriana, *Mutação constitucional*, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional (Revista dos Tribunais Online)*, n. 35, abr./jun. 2001. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, RT, São Paulo, 2001, p. 195- 230.