

**CLÁUSULAS PÉTREAS: breves considerações sobre amplitude da
proteção, núcleo essencial e dupla emenda**

Guilherme Pupe da Nóbrega

**Advogado em Brasília (DF). Pós-graduando em Direito
Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito
Público (IDP).**

2009

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar conceitos e teses atinentes à disciplina das cláusulas pétreas na Constituição Brasileira, bem como analisar o núcleo intangível da Constituição tanto como óbice a uma evolução constitucional como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais. Desenvolvem-se conceitos que auxiliem num estudo mais aprofundado dos referidos institutos.

Palavras-chave: cláusulas pétreas. Constituição. Dupla emenda. Núcleo essencial. Direitos fundamentais.

RESUME

This work intends to present concepts about the disciplin of rigid clauses in the Constitution of Brazil and also analyze the intangible core such as an obstacle to a constitucional evolution, such as a mecanism of protection of fundamental rights. Concepts are developed in order to help a further exam of these institutes.

Keywords: rigid clauses. Constitution. Double amendment. Essential nucle. Fundamental rights.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Direitos e Garantias Individuais (artigo 60, § 4º, IV). 2. A Questão do “Núcleo Essencial” dos Direitos e Garantias Individuais. 3. A Tese da “Dupla Emenda”. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de traçar singelas considerações sobre o instituto das cláusulas pétreas, amplitude de proteção, núcleo essencial dos direitos fundamentais e a tese da dupla emenda.

Para tanto, proceder-se-á ao exame doutrinário e jurisprudencial acerca do tema para, ao final, possibilitar ao leitor bases conceituais que contribuam para desenvolvimento dos pensamentos aqui colacionados.

1. DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ARTIGO 60, § 4º, IV)

As cláusulas pétreas estão previstas na Constituição Federal (CF) de 1988 no artigo 60, § 4º e surgem como instrumentos de preservação dos ideais e valores do poder Constituinte originário, por constituírem verdadeiro “cerne essencial do sistema”² constitucional. Essas vedações funcionam como garantia de “conservação da identidade e dos princípios fundamentais da Constituição”³, através de verdadeiras limitações materiais⁴ ao Constituinte derivado, resguardando-a enquanto “pacto fundante”⁵.

Tais limitações visam ainda a impedir a abolição de matérias que formam um “núcleo intangível”⁶ constitucional, por opção soberana, autônoma e restritiva por parte da Constituinte de 1988, servindo de filtro para uma “coerência lógica” destas com a Constituição, proporcionando uma “acomodação sistêmica”⁷. Já no curso do processo legislativo, o próprio Parlamento exerce controle preventivo de constitucionalidade à luz daquelas proibições,⁸ sem óbice a um controle difuso por parte do Judiciário.⁹

1 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p.169.

3 PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 94.

4 Essa observância se impõe, inclusive, no que diz respeito à revisão fulcrada no artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, STF –Pleno – MC na ADI 981/DF – Rel. Min. Néri da Silveira – DJ de 01-12-1994.

5 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **O Poder reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais**. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 97.

6 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 621.

7 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, op. cit., p. 97.

Ocorre que um dos problemas sobre esses limites consiste na amplitude das referidas proibições. No inciso IV do artigo 60, § 4º, nosso foco, tem-se a vedação à deliberação de emendas tendentes a abolir os “direitos e garantias individuais”. Urge, pois, que se defina o âmbito de abrangência destes direitos e garantias individuais.

A doutrina¹⁰ tem defendido que os direitos e garantias individuais não se restringem ao artigo 5º, da Constituição Federal, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I), mas se estendem por todo o diploma constitucional,¹¹ corroborando para esse entendimento o próprio artigo 5º, § 2º, da CF.¹²

Nesse ínterim, tem-se que os direitos e garantias individuais são espécie do gênero direitos e garantias fundamentais (Título II), e fazem parte do rol não taxativo do artigo 5º, da Constituição. Assim, pode-se dizer de modo inequívoco que há direitos constitucionais de “caráter individual dispersos no texto da Carta Magna,” que não apenas aqueles restritos ao Capítulo I, do Título II. Em que pese a denominação dada àquele Título, não há que se falar em exclusividade, não se restringindo o artigo 60, § 4º, IV, ao artigo 5º, todos da Constituição Federal.¹³

8 Art. 101 RISE. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; Art. 32 RICD. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: (...) IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição.

9 Nessa orientação, sobre o “devido processo legislativo” cfr. STF - MS n. 20.257, RTJ 99/1031; MS 21.648; MS 22.503; e MS-MC 23.047.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.

11 MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 621.

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 258.

Nesse sentido posicionou-se o Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 939-07/DF,¹⁴ na qual restou decidido pela Corte que o princípio da anterioridade no Direito Tributário, previsto no artigo 150, III, “b”¹⁵, da Constituição, constitui garantia individual para o contribuinte e, por consectário, cláusula pétrea, estando abrangida pela limitação do artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna¹⁶. Indo além, o STF considerou que a mera inaplicabilidade da imunidade tributária recíproca (artigo 150, VI, “a”), por emenda à Constituição, constitui ofensa à cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, I, que protege a forma federativa de Estado.

Ainda no referido aresto, merece menção o voto do Ministro Carlos Velloso, no qual há referência aos direitos sociais¹⁷, políticos e de nacionalidade¹⁸, entendidos no contexto dos princípios fundamentais da República, como parte da categoria dos direitos e garantias individuais. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, apontou uma “relação de continência” entre os direitos sociais, previstos no artigo 7º, da Constituição, e os direitos e garantias individuais, isto sem prejuízo do artigo 5º, § 2º. Há ainda, na doutrina, autores que defendem a imutabilidade de toda a categoria dos direitos e garantias fundamentais, além de limites implícitos.^{19 20} No entanto, apesar da divergência doutrinária sobre os direitos sociais estarem abarcados ou não pelo artigo

14 STF – Pleno – ADI 939-07/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – DJ de 18-3-1994.

15 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

16 A referida emenda, em seu artigo 2º, § 2º, excluía a aplicação dos artigos 150, III, “b”, e VI, e 153, § 5º, todos da CF, ao então criado IPMF.

17 Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas.** Interesse Público. n. 17, jan.-fev. 2003. São Paulo: Notadez, 2003, p. 56-74.

18 Entendimento do qual compartilha, HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 88.

19 Nesse norte, SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, op. cit., p. 130; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 6 ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 296.

60, § 4º, IV (direitos e garantias individuais), até o momento o STF não se posicionou especificamente sobre a questão.²¹

No tocante à abrangência dos direitos e garantias individuais, vale ressaltar, também, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.685/DF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. (...) 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa **garantia individual do cidadão-eleitor**, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos (...) 5. **Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV**, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Do acórdão acima se extrai outro dispositivo a ser alcançado pelo gênero dos direitos e garantias individuais, qual seja o da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16, da Constituição²². Segundo julgou o Supremo, trata-se o princípio de verdadeira “garantia individual do cidadão-eleitor”, figurando, pois, como cláusula pétreia limitadora à atuação do legislador.

20 Conveniente mencionar a classificação de José Afonso da Silva, para quem os direitos e garantias individuais se dividem em expressos (expressamente previstos constitucionalmente); implícitos (entendidos como desdobramentos dos direitos expressos; e os decorrentes (que possuem fulcro nos princípios e objetivos fundamentais da República). SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 258-259.

22 Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Compreendidos todos esses institutos, esse enorme bloco de limitação, no entender de Luiz Pinto Ferreira, se deveria ao fato de que nos países em desenvolvimento os preceitos básicos da Constituição são frequentemente desrespeitados pelo Estado²³. Já segundo Carlos Ayres Britto, tal se deve ao receio generalizado da Constituinte de 1988 de que a nova ordem viesse a sofrer “conspuração por efeito da mutação formal em que as reformas consistem.”²⁴ Deveriam, pois, ser preservadas as conquistas atingidas pelo povo.²⁵ À parte dessas investigações das causas daquela proteção, merece enfoque o argumento de que, se por um lado esse enorme bloco²⁶ protege o “ordenamento jurídico contra investidas ilegítimas”, por outro, pode nos levar a pensar que impede “que este mesmo ordenamento jurídico evolua,”²⁷ surgindo verdadeiro paradoxo a merecer exame aprofundado em trabalho próprio.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que os direitos e garantias individuais, enquanto cláusulas pétreas limitadoras (artigo 60, § 4º, IV, da CF) ao Constituinte derivado, não se restringem ao artigo 5º. A despeito da denominação dada pelo Título II, e seu Capítulo I, da Constituição, podemos dizer que os direitos e garantias individuais, enquanto espécie do gênero direitos e garantias fundamentais, não se encerram naquele dispositivo, seja por força do artigo 5º, § 2º, seja pelas decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo como abarcados pelo artigo 60, § 4º, IV, as garantias individuais esparsas no texto constitucional (*e.g.* os artigos 16 e 150, III, *b*, da CF). Cumpre ainda asseverar a controvérsia doutrinária existente que pende para um entendimento de que os direitos sociais, e outros decorrentes dos

23 FERREIRA, Luiz Pinto “apud” PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 141. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_172/R172-11.pdf Acesso em 15-04-2009.

24 BRITTO, Carlos Ayres “apud” PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**, op. cit., p. 88.

25 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, op. cit., p. 111.

26 Alguns autores afirmam que o “Direito Constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, petrificado.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**, op. cit., p. 168.

27 PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**, op. cit.

princípios fundamentais da República, estariam abrangidos pela indigitada limitação. Entretanto, até o momento, não há pronunciamento efetivo da Suprema Corte.

2. A QUESTÃO DO “NÚCLEO ESSENCIAL” DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Numa leitura atenta do artigo 60, § 4º, da CF, já consagrada pela interpretação dada pelo STF, percebe-se que é possível, no Brasil, a emenda à Constituição que modifique as matérias constantes das cláusulas pétreas. Nessa senda, as cláusulas pétreas não “petrificam o Direito.”²⁸ Não se pode extinguir os institutos, mas evidentemente se pode “reequacioná-los, modificá-los, alterar suas condições ou efeitos, pois isto não é vedado”²⁹. Impende, porém, observar se eventual modificação atingirá indiretamente a substância dos institutos, na prática abolindo-os, o que é vedado.

Desse modo, surge a teoria da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais que, apesar de não estar expressa no ordenamento brasileiro, se encontra consagrada por sua aplicação pelo Supremo na defesa dos direitos fundamentais. Mais, “é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”³⁰ Essa teoria funcionaria, por conseguinte, como esse “limite do limite” dado pelo legislador no que tange aos direitos fundamentais.³¹

Melhor explicando, a proteção ao núcleo essencial funciona como proibição de limitação que retire na prática a eficácia de um direito fundamental submetido a reserva legal. Ou seja, a atividade legiferante que limita direitos fundamentais e, por via transversa, furta-lhes efetividade e razão de ser, é inconstitucional. Portanto, a “eficácia proibitória” das cláusulas pétreas também abrange a proposta “oblíqua, indireta,

28 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**, op. cit., p. 169.

29 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, op. cit., p. 294.

30 STF –HC 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ de 01-09-2006.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 352.

sinuosa, capaz, pelos seus efeitos nocivos, de incorrer no comprometimento da irreformabilidade e na virtual abolição da regra e do princípio protegidos pela intangibilidade.”³² Nesse norte o voto do Ministro Sepúlveda Pertence na medida liminar na ADI 2.024, transcrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 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.”³³

Foi esse o pensamento consagrado na decisão do Ministro Marco Aurélio no HC 82.959/SP, em que se discutia a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime em crimes hediondos por ofensa ao princípio da individualização da pena:

“Não é difícil perceber que fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental.”³⁴

Viável a aplicação desta teoria no que diz respeito a reformas constitucionais à luz das cláusulas pétreas. Ocorre que um grande problema reside na identificação do núcleo essencial que obste a atuação legislativa com base no artigo 60, § 4º, IV, da CF. Mais uma vez socorremo-nos das lições do Ministro Marco Aurélio, que aponta as diferentes correntes e métodos desta investigação do núcleo essencial:

(1) Os adeptos da chamada teoria absoluta ("absolute Theorie") entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. (...) haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. (...) (2) Os sectários da chamada teoria relativa ("relative

³² HORTA, Raul Machado, op. cit., p. 97.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, op. cit., p. 294.

³⁴ STF –HC 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ de 01-09-2006.

Theorie") entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, (...) mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. (...). Tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, (...) Todavia, todas elas apresentam insuficiências. É verdade que a teoria absoluta, ao acolher uma noção material do núcleo essencial, insuscetível de redução por parte do legislador, pode converter-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. (...) Por seu turno, uma opção pela teoria relativa pode conferir uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais(...) Por essa razão, propõe Hesse uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (...) a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.³⁵

Nota-se a complexidade do exame que diferencie mera mitigação formal de modificação substancial, limitação legítima aos direitos fundamentais de emenda lesiva ao núcleo essencial do direito, conseqüentemente contrária à cláusula pétrea. Nesta difícil análise, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente³⁶, de modo equilibrado e proporcional, só não se podendo admitir emendas que, a pretexto de mudança, configurem real ameaça estrutural aos institutos protegidos, atingindo seu conteúdo essencial de forma equivalente à abolição³⁷. Do contrário, a rigidez de determinados dispositivos da Constituição, esta essencialmente mutável, a propósito de resguardá-la, acabará por favorecer sua substituição por uma nova que se amolde às constantes mutações que são contumazes à sociedade política.³⁸ Do mesmo modo, igualmente restritiva deverá ser a interpretação da limitação por parte do legislador, a

35 STF –HC 82.959/SP – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ de 01-09-2006. Transcrição do aresto em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 350-355.

36 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**, op. cit., p.176.

37 PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**, op. cit., p. 98.

38 STF –Pleno – ADI 830-7/DF – Rel. Min. Moreira Alves – DJ de 20-04-1993.

fim de que se proteja a primazia objetiva dos direitos fundamentais. Nessa linha, o “bloqueio das mudanças é em si mesmo contraproducente, politicamente falando. Visa a dar estabilidade à ordem constitucional, mas, por um efeito perverso, contribui para a sua desestabilização.”³⁹ Ainda segundo esse pensamento, valemo-nos das lições de Vladimir da Silveira:

“Com o passar dos anos e o aprimoramento do constitucionalismo, verificou-se que essa extrema rigidez, ao invés de proteger a Constituição, acabava favorecendo a instabilidade política e, por consequência, a constante ruptura institucional. Desse modo, verificou-se ser mais eficiente aconselhável permitir alterações constitucionais, que, entretanto não modificassem a essência e os valores vitais da Constituição.”⁴⁰

O cerne da identificação da lesividade ao núcleo essencial por parte de emenda à Constituição reside na existência de ameaça estrutural que enfraqueça, de modo a tender a abolir⁴¹: a forma Federativa; a separação de poderes; o voto secreto, direto, universal e periódico; assim como os **direitos e garantias individuais**, foco do presente trabalho. A modificação que configure lesão tópica a um direito fundamental acabará por deflagrar um processo de erosão da Constituição, por retirar, em substância, a identidade conferida soberanamente pelo Constituinte originário à Carta Magna.⁴² Neste caso, a desmedida “discricionariedade legislativa” inevitavelmente desaguará numa “censura judicial”.⁴³

Sintetizando essa digressão, tem-se como consagrada a teoria da proteção ao núcleo essencial dos direitos e garantias individuais, funcionando esta como um “limite do limite” para o/pelo legislador. Igualmente certa a possibilidade de emenda à Constituição modificar as chamadas cláusulas pétreas. Porém, especialmente no que

39 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**, op. cit., p. 237.

40 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, op. cit., p. 112.

41 STF –Pleno – MC na ADI 926-5/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – DJ de 06-09-1993.

42 STF –Pleno – MC na ADI 1420-0/DF – Rel. Min. Néri da Silveira – DJ de 27-05-1996.

43 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 356.

tange aos direitos e garantias individuais, emendas modificativas que atentem contra a substância do direito, fulminando-lhe a efetividade e eficácia, atentando contra os valores resguardados pelo Constituinte originário e ameaçando estruturalmente a Constituição, fatalmente estarão eivadas de inconstitucionalidade. No entanto, esta interpretação deve ser feita de modo equilibrado e proporcional, analisando os fins através de seus meios, discernindo mudança evolutiva de abolição por via transversa.

3. A TESE DA “DUPLA EMENDA”

A tese da dupla emenda, ou dupla revisão, defende que as cláusulas pétreas, de fato, representam óbice à extinção de determinados preceitos, não gozando elas, porém, da mesma imunidade de revogação. Assim, esta doutrina⁴⁴ aponta que, suprimindo-se as cláusulas de perpetuidade, ter-se-ia, conseqüentemente, campo para supressão dos institutos anteriormente protegidos.⁴⁵

Em que pese mirabolante raciocínio, no Brasil impera a corrente que tem as cláusulas pétreas como limitação material “imprescindível e incontornável.” Tal se dá pelo fato de a dupla revisão frustrar, por meio indireto, a intenção do Constituinte originário e atentar contra a lógica da Constituição que previu o próprio poder Constituinte derivado, agindo com desvio de poder e de finalidade. Com mudanças baseadas naquela tese, mais se aproximaria de uma Constituição nova que de uma revisão da Carta vigente.⁴⁶ Nos dizeres de Carlos Ayres Britto, a dupla revisão é “o que há de mais atécnico, à luz de uma depurada Teoria da Constituição,” caindo em contradições e embaralhando as intenções do Constituinte originário e a expressão do Constituinte derivado.⁴⁷ Respeitável parcela da doutrina defende que a própria alteração do processo de emenda, quando vise a atenuá-lo, encontraria óbice em limite implícito⁴⁸, sendo este o caso da dupla emenda.

44 Como partidários da tese, Ferreira Filho cita Duguit, Burdeau e Jorge Miranda, entre outros. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**, op. cit., p. 173; Entre nós, merece menção José Carlos Francisco, a favor desta doutrina, baseando-se na vocação à continuidade da Constituição e estabilidade do ordenamento. FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 14-15.

45 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 252.

46 *Idem*, p. 252.

47 BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 76.

48 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 68.

Em assim sendo, se considerada a tese da dupla emenda, observa-se que o Constituinte derivado sairia de sua condição limitada para, ele próprio, definir seu modo de atuação, abrindo-se espaço para um atentado contra os valores consagrados pelo Constituinte originário, bem como uma “fraude à Constituição, à medida que vilipendia o seu espírito.”⁴⁹

49 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, op. cit., p. 138.

CONCLUSÕES

Do exposto, é possível aferir pontos importantes. É louvável a intenção do Constituinte originário em fazer preservar as conquistas sociais e a primazia dos direitos fundamentais. Entretanto, a doutrina constitucional tem caminhado para uma flexibilização da proteção das cláusulas pétreas. Essa interpretação mais restritiva visa a evitar um completo engessamento da Constituição que, apesar de possuir aptidão para permanência, deve evoluir em conjunto com a sociedade, não sendo possível frear de todo o processo legislativo com um amplo leque de limitações materiais.

Todavia, certo é que essa flexibilização não pode ensejar uma arbitrariedade do Constituinte derivado ainda que por via transversa, como no caso da dupla emenda, que deturpe os valores originais da Carta. É necessário um juízo de ponderação e proporcionalidade no sentido de salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Esse equilíbrio demanda complexo exame a ser levado a cabo em cada caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Resolução n.17, de 1989: aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de publicações, 2008.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Regimento Interno: Resolução no 93, de 1970**. Brasília: Senado Federal, 2007.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FRANCISCO, José Carlos. **Emendas constitucionais e limites flexíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6 ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 621-622.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.250-262; 353-355.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 141. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_172/R172-11.pdf> Acesso em 15-04-2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas**. Interesse Público. n. 17, jan.-fev. 2003. São Paulo: Notadez, 2003, p. 56-74.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **O Poder reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais**. São Paulo: RCS Editora, 2006.