

QUESTÕES PRÁTICAS SOBRE CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Pedro Merheb

Resumo

Este trabalho examina as limitações materiais à reforma da Constituição com uma atenção pragmática a algumas das questões interessantes ao exercício do poder de reforma, no caso, a sua manifestação na Constituição de 1988 e a relação dos titulares do poder de reforma com essas limitações em alguns dos desdobramentos a serem vistos.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Constituição; Cláusulas pétreas.

PRACTICAL MATTERS CONCERNING THE ENTRENCHMENT CLAUSES IN BRAZIL

Abstract

The present work investigates the entrenched clauses with a pragmatism view of some of its typical concerns, more precisely, its function inside the Brazilian Constitution of 1988 and the relation between the power of amendment with those limitations and some of its typical issues.

Key-words: Constitution, Entrenchment clauses, Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

A preservação daquilo que é mais caro a uma sociedade constitucionalizada pode ser conseguido com o enfeixe da atuação do constituinte derivado reformador, não só pela rigidez constitucional, mas pela indestrutibilidade daquilo que, de tão valioso, não poderia ser sacrificado em absoluto pelo poder de reforma. Além do rigor inerente ao processo de emenda, o alcance material dos seus operadores não é infinito ou absoluto.

No Brasil, as cláusulas pétreas contemplam prevenir, não a influência in totum do constituinte derivado reformador em seus objetos mas a sua abolição direta ou indireta. Essas limitações materiais à reforma da Constituição se prestam à conservação da identidade perseguida pelo constituinte originário ao perfilhar a ordem constitucional e se acham tanto nos incisos do art. 60, §4º, como em outros enunciados distribuídos pela Constituição Federal – as chamadas cláusulas pétreas implícitas, que, apesar das

dificuldades metodológicas em sua identificação, não podem ser ignoradas pelo Texto Constitucional.

A existência de limitações materiais ao poder de emenda, contudo, não significam um embargo ao trato de questões relativas às matérias sob o toldo pétreo, isto é, o poder constituinte derivado reformador não é em absoluto impedido de deliberar sobre uma cláusula pétrea se essa deliberação não resultar em sua abolição. A Proposta de Emenda à Constituição 199 de 2019 destinada à modificação do trânsito em julgado como regido pela ordem jurídica brasileira se mostra como útil objeto de investigação para analisar a atuação do constituinte derivado reformador – o poder competente à reforma da Constituição – ao deliberar sobre questões direta ou indiretamente conexas com uma cláusula pétrea.

Outra questão interessante é a da possibilidade ou não de inovar os critérios para a definição de limitações materiais. Alguns autores entendem que as cláusulas pétreas não são imutáveis. Seria possível contemplar a alteração no rol pétreo da Constituição, seria isso ou não válido em uma ordem constitucional e não sendo, por quê?

Este trabalho se encerra com o exame da violação das limitações materiais e qual é a reação possível à supressão de despropósitos dessa sorte que logrem a conclusão do processo legislativo.

2. DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE EMENDA

Enquanto os atos normativos inferiores à Constituição Federal devem observância aos imperativos necessários a sua validade formal e ao conteúdo estipulado em um enunciado hierarquicamente superior, a modificação da Constituição Federal também está condicionada a requisitos de aspecto formal como de material – ainda que seja a

Os intérpretes do direito constitucional reconhecem três modalidades de limitação ao poder de emenda: o material, o formal e o circunstancial.

As limitações circunstanciais são constatadas durante os estados excepcionais de direito quando o poder constituinte derivado reformador é necessariamente estéril pelo tempo da sua duração – na Constituição brasileira, durante a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio.

As limitações formais ao poder de emenda, por seu turno, são as regras que condicionam o exercício do poder de emenda, reguladas na Constituição brasileira no artigo 60 até o § 3º, ou seja, é a ordenação do processo de emenda da Constituição Federal.

A terceira modalidade das limitações ao poder de emenda, e o fulcro deste trabalho, são aquelas de ordem material, destinadas a embargar projetos de emenda que contrariem a vontade do constituinte originário, preceituadas expressamente no 4 do art. 60 da Constituição Federal e distribuídas implicitamente pelo Texto constitucional. As cláusulas pétreas, na resolução de Leonardo Meyohas, podem ser observadas como “formulações jurídicas destinadas a evitar a destruição ou a radical alteração da ordem constitucional”¹, que se assemelha ao que Gilmar Mendes conceitua como “um esforço do poder constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade”².

3. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O introito que precede este capítulo expõe em sua desinência que as cláusulas pétreas seriam as limitações materiais ao poder de emenda e sua definição prescinde de um refinamento teórico mais demorado que esse, mas isso não abrange a destinação a que se prestam.

A história constitucional desde o epílogo do surto totalitário que flagelou o mundo de 1939 a 1945 precisou encontrar outros métodos e instrumentos preservassem o Estado de direito contra os aleives do poder, mais potentes que aqueles suscitados ao longo do século das luzes e da juventude do liberalismo. A Itália em 1946, a Alemanha em 1949, a França em 1956 são alguns dos exemplos que optaram por alojar tais limitações em seus Textos Fundamentais.

No Brasil não foi diferente quando da instauração da última assembleia constituinte em que o constituinte originário tratou de se guarnecer o Estado contra tudo que molestasse os primados que reputava os mais elevados: a Federação, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais e o sufrágio.

¹ MEYOHAS, Leonardo. Cláusulas Pétreas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. EMERJ: Rio de Janeiro, 2014.

² MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2020.

As limitações materiais, contudo, não são inteiramente aprovadas pelos doutrinadores na história da doutrina em direito constitucional, mas não há nenhuma variedade ou divergência nos apontamentos.

Joseph Bartélemy e Loewenstein condenam as cláusulas pétreas que, no escólio de Paulo Gonet, o fazem “por não haver uma diferença de substância entre o poder constituinte e o poder de revisão e o judiciário” e conclui dizendo que “ diz-se desarrazoado supor a existência de auto-limitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário”, o que levaria a supor uma “função política das cláusulas pétreas e não jurídicas”³. Laferrière utiliza premissa semelhante ao argumentar que “o poder constituinte exercitado em determinado momento não é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo ainda que num determinado ponto”⁴. Frederico Augusto Koehler, embora não seja antipático às limitações materiais, argui que

a existência e vigência das cláusulas pétreas constituem obstáculo deliberado à livre manifestação da soberania popular. Além disso, as cláusulas de imutabilidade geram a impossibilidade de modificação da Carta Magna para acompanhar as alterações constantes do mundo globalizado, cuja evolução se dá em uma velocidade sem precedentes⁵

Todas as fundamentações se acham na mesma questão: ao tolhimento do poder de emenda após o período constituinte, o que não se sustenta em qualquer Estado de direito relativamente preocupado com sua estabilidade institucional. Essa preconização seria uma fatalidade insondável a qualquer ordem constitucional e para tudo a que veio. A soberania popular manifestada nos representantes elevados à titularidade do poder constituinte derivado reformador é e deve ser, assim como a referida atribuição, “subordinado, secundário e condicionado”⁶.

É possível se avenge a ineficácia das limitações materiais diante de uma incursão de poderes de fato contra o Estado de direito e a Constituição, mas assim seria toda a ordem constitucional por consequência.

³ BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁴ LAFERRIÈRE, Julien. Manuel de Droit Constitutionnel. apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2016

⁵ KOEHLER, Frederico.: Reflexões acerca da legitimidade cláusulas pétreas. Revista da Seção Judiciária do Pernambuco: Recife, 2008. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FredericoAugustoLeopoldinoKoehler/Reflexoes_RevSJPE_n1_2008.pdf

⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

4. DAS CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Paulo Gonet observa que a Constituição brasileira tem as cláusulas pétreas como “absolutamente vinculantes e imprescindíveis”. Isso porque, continua o autor, em relação às limitações materiais, a Constituição brasileira “parte do pressuposto de que o poder de revisão, criado pela Constituição, deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário”⁷.

No Brasil, o constituinte originário incluiu quatro matérias que reputava pertinentes para a preservação da ordem constitucional sob sua confecção:

4.1 A forma federativa do Estado

Toda modificação do Texto Constitucional que tendesse a abolir a Federação em que a República brasileira se constitui não pode prosperar no processo de reforma da Constituição – o que não significa que toda modificação relacionada à organização federativa do Estado brasileiro deve malograr.

4.2 A separação dos Poderes

A extinção ou perversão do sistema em que os Poderes constitucionais se arranjam defenestraria evolução do Estado no direito brasileiro, atrozmente interrompida nos vinte anos antecederam a instalação da assembleia constituinte. Uma proposta tendente a abolir a separação de Poderes é toda proposta que se desdobre na erosão de um Poder em benefício de outro, isto é, em que se legitime a usurpação das atribuições de um Poder por outro.

4.3 O voto direto, secreto, universal e periódico

O exercício do sufrágio na forma estabelecida pelo constituinte originário não pode, dest’arte, ser reduzido em nenhuma medida;

4.4 O direito e as garantias individuais.

Essa é a limitação material mais vulnerável a controvérsias de ordem teórica como de ordem prática. O que são direitos e garantias individuais? Seriam direitos humanos? Seriam direitos fundamentais ou apenas alguns? Quais direitos sociais são concebíveis como direitos e garantias individuais?

⁷ BRANCO, Paulo Gonet. Op. Cit. Pag. 22

Marcelo Novelino repele que os direitos e garantias individuais sejam incluídos na dimensão dos direitos e garantias fundamentais. Segundo ele,

essa interpretação extensiva, entretanto, não nos parece a mais adequada. O legislador constituinte poderia ter mencionado no rol de cláusulas pétreas a expressão “direitos e garantias fundamentais”, como fez no Título II, mas optou pelos “direitos e garantias individuais”, com o claro objetivo de designar os direitos de defesa⁸

O autor segue seu escólio com uma importante observação:

A impossibilidade de fundamentar a inclusão de todos os direitos fundamentais na expressão “direitos e garantias individuais” não significa, todavia, que direitos fundamentais de outra espécie não possam receber esta proteção qualificada, mas apenas que devem ser considerados, quando for o caso, como cláusulas pétreas implícitas. O ônus argumentativo cabe àquele que deseja justificar a inclusão do direito fundamental neste rol, por meio de uma fundamentação racionalmente construída.

5. A CLÁUSULAS PÉTREAS IMPLÍCITAS

Se as cláusulas pétreas estreitam o poder de reforma às matérias cujo trato não venha a conspurcar a vontade constituinte originária e a base teleológica da Constituição, haveria qualquer coisa de insensato cogitar que apenas os trechos que expressamente assinalam a sua força pétrea são hábeis a concebê-la.

As limitações materiais *implícitas*, dest’arte, seriam os enunciados distribuídos pela Redação constitucional que externam os fundamentos e fins do constituinte originário em seu artesanato. A imprecisão natural desse conceito atrai qualquer coisa de etéreo e insubstancial à questão.

A inexistência de critérios que deslindem o que na Constituição é o telos do constituinte originário e o que não é torna a questão desgostosa deveras, ensejando o comentário de Ferreira Filho segundo o qual cláusulas pétreas implícitas “há para todos os gostos⁹”.

Uma das consequências de uma Constituição analítica é a de que nem sempre se pode facilmente identificar aquilo que sustenta a identidade constitucional perseguido pelo constituinte originário, mas há casos que são indiscutíveis, como os primeiros quatro artigos do Texto constitucional, os princípios da ordem econômica no art. 170, os direitos sociais.

⁸ NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Gen, 2014.

⁹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Significação e alcance das cláusulas pétreas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995:.

A identificação das cláusulas pétreas implícitas só pode se dar com a precisão desejável diante dos trabalhos encetados pelo constituinte derivado reformador – do cotejo feito entre a proposta de emenda à Constituição e suas consequências para o Texto constitucional. Isso, contudo, não é tão fácil como se verá nas linhas que seguem.

A modificação do Texto em um sentido diverso daquele contemplado originariamente pelos constituintes, assim como quanto às cláusulas pétreas expressas, extinguiria com a ordem constitucional como ela se propôs, engendrando indiretamente uma nova Constituição – isso porque a renovação das constituições não ocorre somente quando do ímpeto do titular do poder constituinte originário em gestar um novo ordenamento constitucional.

Importante também mencionar que, como pontuado por Ingo Sarlet

se as razões em favor da existência de limites implícitos devem prevalecer, também há que dar razão aos que sustentam que a construção de uma teoria dos limites implícitos à reforma constitucional apenas pode ser efetuada à luz de determinada ordem constitucional, isto é do direito constitucional positivo¹⁰.

As limitações implícitas, portanto, não são universais nem permanecem linearmente na história – por não o fazerem as premissas que inspiram o constituinte originário

Ora, se tudo que enverga os fundamentos históricos e teóricos dos quais promana a necessidade da Constituição pode ser interpretado como cláusula pétrea, é lógico, portanto, que todas as ordens constitucionais possuem núcleos dogmáticos que não podem ser vulnerados pelo poder de reforma em absoluto. Com isso, é de veras possível contemplar a universalidade das cláusulas pétreas implícitas em qualquer Constituição, o que será melhor apreciado em um próximo trabalho.’

Outra questão deve ser escrutada é: se a cláusula pétrea implícita manifesta a finalidade e os fundamentos do constituinte originário, não existe uma locução decisiva que deslinde o que poderia e o que não poderia ser feito como é o caso das cláusulas pétreas explícitas. Noutras palavras, a Constituição brasileira diz que não será objeto de deliberação a proposta *tendente a abolir*.

A cláusula pétrea implícita não conta com uma regra hermenêutica que oriente o proceder do poder constituinte derivado na deliberação das suas matérias por lógica. É válido, portanto, inferir que não pode ser objeto de deliberação tudo o que contrariar o

¹⁰ MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva jur, 2019

seu dever-ser, ou seja, tudo que divergir daquilo pretendido pelo constituinte originário, salvo, para aperfeiçoar aquilo que ele construiu.

O raciocínio aqui pode ser contemplado se o constituinte derivado reformador desatinar, por exemplo, a reformar a Constituição para suprimir a proibição ao recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, prescrita no art. 27, II. É inconcebível a recepção de tal emenda na ordem constitucional de 1988.

Se, porém, aprouver ao constituinte derivado reformador ampliar a quantidade de preceitos no artigo que aqui se alude para que os partidos políticos observem também, além do que já se enumerou, por exemplo, a responsabilidade partidária, não haveria qualquer dano à identidade da Constituição Federal em alojar tal emenda.

A modificação de um enunciado pétreo deve, portanto, observar a **razoabilidade** dos pretextos que a engendram para evitar, por distração ou perfídia dos interessados, o envilecimento da Constituição. O razoável, nas palavras de Fábio Oliveira¹¹

é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.

A revelação das cláusulas pétreas implícitas se dá objetivamente quando a letra da Constituição é posta diante da reforma pretendida para a aferição das consequências ao Texto como ele veio.

6. A ATUAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR EM ASSUNTOS PÉTREOS

Não seria estranho que o constituinte derivado hesitasse quanto ao seu proceder diante das cláusulas pétreas. É, na verdade, primacial que ele esteja permanentemente atento para que nenhuma das suas ações no processo legislativo colidam com os imperativos pétreos do seu arranjo constitucional – porém, é um equívoco cogitar que as matérias que com elas se identifiquem sejam intocáveis pelo processo legislativo.

¹¹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Apud CAMPOS, Murilo. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no processo administrativo disciplinar. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/544/358>

A fundamentação do ministro Sepúlveda Pertence no mandado de segurança 23.047 prestou à doutrina constitucionalista brasileira uma das mais acuradas e completas resoluções a respeito da relação entre o poder reformador e os embargos materiais aos seus trabalhos. Diz ele em sua relatoria que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 64, §4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do **núcleo essencial** dos princípios e institutos cuja preservação nela se protege”.

A estipulação de temas que devem restar indelévels durante toda a vida constitucional, todavia, não é um impedimento à atuação legislativa relacionada a esses temas, ou, como orienta Paulo Gonet,

Se deve compreender o art. 60 4 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 direto, secreto, universal e periódico, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

Sant’Ana Pedra, arrimado na orientação de Gilmar Mendes, adverte que uma interpretação absoluta das cláusulas pétreas implicaria “obstáculo à própria estabilidade que pretendiam assegurar, provocando instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de um novo texto constitucional do que se promovendo alterações pontuais por meio de emendas constitucionais”¹².

O elemento pétreo de um enunciado constitucional é o impedimento a tudo que tender a sua abolição – desta forma falta com a veridicidade qualquer interpretação que o utilize como broquel quando não há risco à sua abolição.

7. ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Uma das questões que marcaram ano de 2019 foi o cumprimento de decisão penal condenatória após o julgamento em segunda instância que afogueou a sociedade civil, mais precisamente aqueles núcleos que se amargavam com a soltura de um ex-presidente detido pela jurisprudência que ali se impugnava na ação direta de constitucionalidade sobre o art. 283 do Código de Processo Penal que reiterava a dição da Constituição

¹² PEDRA. Adriano Sant’ana. Reflexão sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93267>

Federal sobre o assunto. O Supremo Tribunal Federal cumpriu sua vocação aplicando a Constituição e deixando que o Legislativo se ocupasse em alterar a locução do seu Texto.

Em novembro, poucos dias após o julgamento dessa ação direta de constitucionalidade, a EC/199 foi protocolada para alterar as regras sobre trânsito em julgado e cumprimento de sentença. Sucintamente, ela preserva o princípio da presunção da inocência materializado no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, mas modifica o modo como se daria o trânsito julgado, a partir do qual o acesso aos tribunais superiores ocorreria por uma miscelânea de ação rescisória com recurso chamada ação revisional.

Apesar dos entusiastas, alguns observadores não são tão simpáticos a essa proposta, uns por razões processuais, outros por razões constitucionais.

O prof. Lenio Streck argumenta que, o projeto de lei que altera o Código de Processo Penal e a Proposta de Emenda à Constituição para a antecipação do trânsito em julgado, “ambas as teses violam a cláusula pétrea constante no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal”¹³. Thiago Bunning, em audiência pública sobre a PEC, arguiu que o encolhimento do processo para o trânsito em julgado aceleraria o cumprimento de pena, agredindo, portanto, uma cláusula pétrea¹⁴.

Entretanto, a PEC preserva o direito à presunção da inocência materializado na regra do inc. LVII. Se promulgada, como antes, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; a alteração que a PEC/199 se propõe é do trânsito em julgado como concebido pelo processo brasileiro, isto é, o núcleo essencial do direito à presunção da inocência foi resguardado.

Dest’arte, se a PEC não abole nem tende a abolir o direito à presunção da inocência, não há como supor a agressão a uma cláusula pétrea, a transgressão a uma limitação material.

8. REFORMA NO ROL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS(?)

Alguns doutrinadores cogitam que as estipulações pétreas como elas se mostram não são inalteráveis. Ou seja, acreditam que as suas exteriorizações não sejam irrevogáveis ou inderrogáveis.

Ferreira Filho, entusiasta do processo da dupla revisão desenvolvido por Jorge Miranda, não só preconiza como orienta o procedimento em que isso se daria. Segundo

¹³ STRECK, Lenio. Extra, Extra! Lenio Streck é a favor da prisão em segunda instância! Conjur: 2019.

¹⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Audiência pública ocorrida no dia 18 de fevereiro de 2020.

ele, “as matérias abrangidas pelas ‘cláusulas pétreas’ seriam duplamente protegidas. Para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a ‘cláusula pétrea’; depois, segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão.” É a chamada teoria da dupla revisão.

Foi visto até aqui que as cláusulas pétreas concentram em sua vocação a vontade constituinte originária, ou seja, não somente os temas expressamente arrolados como limitações materiais como tudo aquilo que colida com a finalidade a que a Constituição se destina.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora, por natural, não seja possível diminuir o rol de limitações materiais ou seja excluir do ordenamento constitucional aquilo que seria entendível como limitações materiais, é perfeitamente possível incluir novas estipulações na Constituição que, por exteriorizarem um conteúdo alcançado pelo pálio do art. 60, § 4º, seriam inextirpáveis do Texto constitucional. É, porém, interessante questionar se seria possível ao poder constituinte derivado reformador aumentar as estipulações do rol de limitações materiais do Texto constitucional.

Como visto, a teoria da dupla revisão se concentra na extirpação ou substituição daquilo que estipula uma limitação material, e isso seria impensável tratando de cláusulas pétreas implícitas por lógica¹⁵, mas seria possível ampliar as cláusulas pétreas expressamente proclamadas pela Constituição, ou melhor, inovar os critérios para a definição do que é pétreo ou não.

Se se entende como possível e natural que haja cláusulas pétreas implícitas em uma ordem constitucional por ser um prejuízo àquilo que exprime o telos do constituinte originário o engendramento de uma nova Constituição, seria incoerente esperar que o acréscimo de limitações materiais não implicaria no mesmo. Isso estaria, como no caso das cláusulas pétreas implícitas vulneradas, engendrando uma nova Constituição se ele arroga para suas competências a faculdade de orientar o que pode ou o que não pode integrar o Texto constitucional.

Tivesse o constituinte de 1988 adotado a classificação tricotômica das limitações materiais seria possível considerar um momento na história constitucional em que um “poder misto”, na tradução de Marcelo Novelino, se encarregaria de revisar as cláusulas

¹⁵ Porque cabe ao constituinte originário e somente ao constituinte originário engendrar aquilo que é do fulcro da ordem constituída, a sua identidade como Lei Fundamental..

pétreas para adaptá-la ao seu momento e realidade. Essa proposta foi afastada e prevaleceu a classificação dicotômica que, segundo o autor mencionado,

as limitações materiais seriam insusceptíveis de supressão por reforma, pois a alteração do núcleo essencial da Lei Maior descaracterizaria sua identidade material e levaria à destruição de seus fundamentos, caracterizando uma “fraude à Constituição”, um “desvio ou abuso de poder”¹⁶.

9. DA VIOLAÇÃO ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS:

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Foi visto no exame de questões anteriores hipóteses em que o constituinte derivado reformador poderia gerar uma nova Constituição. A violação das limitações materiais, contudo, não implica necessariamente um novo arranjo constitucional como registrado previamente.

A violação de uma cláusula pétrea implícita ou explícita ocorre quando a reforma constitucional que tenda a abolir os preceitos arrolados no art. 60, §4º ou o telos originário onde quer que ele se manifeste logre a conclusão do processo legislativo. Uma reforma da constituição que infrinja um fundamento pétreo não pode ocorrer senão por um estrondoso fracasso do controle de constitucionalidade preventivo – exercido através do processo legislativo contra as inconstitucionalidades que lhe são submetidas -. Restaria, portanto, apenas uma força habilitada a suprimir as inconstitucionalidades que atravessaram o processo legislativo, ou seja, ao controle de constitucionalidade repressivo que, no espaço federativo próprio do presente tema, é o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal recebeu em 1988 a vocação de uma Corte Constitucional de interpretar a Constituição no exercício do seu controle concentrado¹⁷, ou seja, foi designada a ele a competência para apreciar a compatibilidade dos atos normativos primários com o Texto da Constituição Federal. Uma intervenção é perfeitamente contemplável quando seja o caso de vícios formais durante o processo de emenda, mas a questão que aqui se tenta lobrigar é se seria possível o Supremo Tribunal Federal arbitrar perante o Poder Legislativo o que agride ou não enunciados pétreos.

José Afonso da Silva dissolve a questão trazida apontando que

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. Op.Cit, 3.3.1.4.1.

¹⁷ “ A atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional”. MENDES. Gilmar. Curso de Direito Constitucional.: São Paulo: Saraiva, 2019.

toda a modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum, etc) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias¹⁸.

Não só a doutrina como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já exibiu à larga que ele não hesitará em tolher o processo legislativo quando da inobservância dos imperativos necessários à validade das emendas constitucionais durante ou ao cabo do trâmite de emenda.

Ainda na vigência da Constituição de 1967, Moreira Alves, ao relatar o mandado de segurança 20.257 impetrado por Antonio Canale e Itamar Franco em seus dias no Senado, declarou em sentido indistinto que

A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição¹⁹.

Essa posição foi asselada reiteradamente em precedentes posteriores, como é o caso da ADI 829/DF, em que o ministro Moreira Alves enceta seu relatório observando que:

Não há dúvida de que, em face do nosso sistema constitucional, esta Corte é competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional – como sucede no caso – impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas²⁰.

Não há, portanto, o que confutar quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal em conter exorbitâncias contra limitações à reforma da Constituição tanto de ordem formal como de ordem material, antes ou depois da promulgação de emenda.

10. CONCLUSÃO

1 - A eficácia das cláusulas pétreas é inegável em qualquer Estado vigilante com o seu sedimento institucional e sociopolítico. Sua importância é acentuada em Estados cuja história mostra candentemente que a constitucionalização da organização do Estado e dos

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança 20.257/DF. Rel.: Moreira Alves, 1980.

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 829/DF, Rel. Moreira Alves. 1993.

direitos fundamentais nem sempre é suficiente para a contenção do poder, malgrado as considerações que impugnam sua legitimidade por restringir a atuação do poder constituinte derivado reformador.

2- No Brasil, o arranjo positivo das cláusulas pétreas empacha que qualquer iniciativa de emenda constitucional tenda a abolir a Federação, os direitos e garantias individuais dispersos pela Lei Fundamental, o sufrágio e a separação dos Poderes, o que não significa, contudo, que todos os temas relativos aos assuntos pétreos sejam intocáveis.

3- Ao denodar o nebuloso instituto da cláusula pétrea implícita foi observado que a qualificação pétrea alcança não só aquilo que foi explicitamente designado como tal, mas todas as estipulações que exteriorizam o *telos* constituinte pelo qual a Constituição se fez. Ou seja, aquilo que representa as bases teleológicas pelas quais a Constituição se realizou – o que torna lícito que se diga que, ainda que não haja a previsão expressa de uma limitação material à reforma da Constituição, há núcleos viscerais em que o ordenamento constitucional se sedimenta que não poderiam ser modificados senão por uma nova assembleia constituinte. Malgrado a abstração natural da sua definição, a identificação das cláusulas pétreas se dá mediante o cotejamento realizado entre as propostas de emenda e aquilo que diz o Texto Constitucional para que se afira as consequências possíveis.

4 - O legislador não deve se acanhar em tratar dos temas enumerados no 4 do art. 61 se assim convir na alteração do Texto constitucional. É importante que ele observe, contudo, se as consequências uma reforma da Constituição por ele empreendida tende ou tenderá a abolir aquilo que se acha em terreno pétreo, isto é, o núcleo essencial de uma limitação material explícita ou implícita ao poder de reforma.

5- Para explorar com mais clareza a questão do capítulo anterior sobre a atuação do constituinte derivado reformador dias das limitações materiais, empreendeu-se um breve exame sobre a validade da reforma constitucional ambicionada com PEC/199 para a modificação das regras sobre o trânsito em julgado e ficou demonstrado que não há em seu conteúdo qualquer prejuízo ao núcleo essencial do direito à presunção à inocência.

6 - Foi visto também que não dúvidas de que seja possível ampliar a normatividade abrangida pelas cláusulas pétreas, mas ao examinar a criação de novos institutos pétreos, viu-se que se a revogação das cláusulas pétreas seria uma usurpação da competência constituinte originária, também o seria a sua ampliação, isto é, se compete ao poder

constituinte originário deslindar o exercício do poder de emenda pelo derivado reformador, o arrego dessa faculdade pelo segundo desdobrar-se-ia em uma ordem constitucional nova. A modificação naquilo que a Constituição tem como pétreo exauriria por natural os motivos da concepção limitações materiais ao poder de reforma.

7 – A violação das cláusulas pétreas não engendra uma nova ordem constitucional, mas perverte a Constituição como ela deve ser e seus efeitos na legislação infraconstitucional e na jurisprudência posterior seriam fatais à ordem jurídica como ela é, exigindo que se reclame uma pronta reação da jurisdição constitucional quer preventiva ou repressivamente.

11. REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2020.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Significação e alcance das cláusulas pétreas*.

Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos

Tribunais:1995. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613>

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Audiência pública ocorrida no dia 18 de fevereiro de 2020 sobre a PEC/199*.

CONGRESSO NACIONAL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999

KOEHLER, Frederico. *Reflexões acerca da legitimidade cláusulas pétreas*. *Revista da*

Seção Judiciária do Pernambuco: Recife, 2008. Disponível em:

https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FredericoAugustoLeopoldinoKoehler/Reflexoes_RevSJPE_n1_2008.pdf

LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de Droit Constitutionnel*. apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo:Malheiros. 2016

MEYOHAS, Leonardo. *Cláusulas Pétreas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/LeonardoMeyohasNeves.pdf

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva jur, 2019

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Gen, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Apud CAMPOS, Murilo. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no processo administrativo disciplinar. Disponível em:

<https://portal.idp.emnuvens.com.br/cadernovirtual/article/view/544/358>

PEDRA, Adriano Sant'ana. *Reflexão sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93267>

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros: São Paulo, 2002.

STRECK, Lenio. *Extra, Extra! Lenio Streck é a favor da prisão em segunda instância!* Conjur: 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 20.257/DF*. Rel.: Moreira Alves, 1980.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 829/DF*, Rel. Moreira Alves. 1993.