

SIGNIFICAÇÃO E ALCANCE DAS “CLÁUSULAS PÉTREAS”

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*

1. É freqüente, no Brasil contemporâneo, toda vez que se encara uma proposta de reforma constitucional, levantar-se o “veto” das “cláusulas pétreas”. Aceitando-se a posição de alguns, o direito constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, “petrificado” em razão das referidas cláusulas que enuncia o art. 60, § 4º da Lei Magna vigente. Conseqüência lógica disto seria a necessidade de uma “revolução” (no sentido de quebra da ordem jurídica em vigor) para a maior parte das mudanças que a experiência e o evoluer dos tempos mostrarem necessárias para o país.

Na verdade, as constituições costumam colocar fora do alcance do poder de revisão ou reforma que prevêm certos pontos, princípios ou instituições. São os que formariam o cerne essencial do sistema. Assim, já a Constituição Brasileira de 1891 proibia fossem abolidas a república e a federação. Por isso, a Carta de 1988 não inovou ao estabelecer as proibições, embora as tenha estendido exageradamente.

Mas 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.

É o que revela a análise científica desse instituto, como se vai mostrar.

A) O fundamento das “cláusulas pétreas”

2. A primeira questão a propor nessa análise é a indagação quanto ao fundamento de tais cláusulas. Sim, porque somente um fundamento especial pode justificar que elas se imponham aos legisladores (constitucionais) futuros, limitando-lhes os poderes.

Tal fundamento — de pronto se levantará — é o poder constituinte (originário), emanação do povo. Este fixa a Constituição e ao fazê-lo pode excluir do poder de

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Professor Visitante da Universidade de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da Associação Internacional de Direito Constitucional. Presidente do Instituto Pimenta Bueno — Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

reforma (que dele deriva) certos pontos, princípios ou instituições. E essa argumentação — aqui posta singelamente — pode ser enfeitada com eruditas citações de Sieyès e de numerosos mestres.

3. A doutrina do poder constituinte, porém, reclama um exame objetivo e desmistificado.

Sieyès, ao dar-lhe a versão primeira, e clássica, num panfleto político — pois o *Qu'est-ce que le Tiers État?* não é senão isso, nem tinha outra pretensão — não quis senão indicar o modelo lógico que presidiria o estabelecimento da Constituição. Ou seja, os homens livres constituiriam, por um pacto — o pacto social — a sociedade; necessitando a conservação desta um poder, a comunidade, por meio de representantes extraordinários, estabeleceria a Constituição; esta estruturaria o poder, instituindo-lhe os órgãos, com suas competências e limitações; tal Lei Magna seria superior aos poderes por ela “constituídos”, de tal sorte que seriam inválidos os atos que se editassem contra o que ela prescreve¹.

Desse modelo resulta o ideal: o estabelecimento da Constituição por uma assembléia de representantes especiais. Mas Sieyès não sustenta que esse caminho é imprescindível, ao contrário ela aponta que o poder constituinte pode manifestar-se como bem lhe pareça. E esta afirmação do incondicionamento formal do poder constituinte é que justifica a validade de constituições outorgadas, de constituições fruto de reforma constitucional etc. Por outro lado, reconhece ele que o poder constituinte não se esgota em qualquer de suas manifestações. Disto decorre que, a qualquer momento, pode ele editar nova Constituição, afastando a que vigora. “Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”².

A doutrina clássica do poder constituinte é assim um modelo, um ideal, não fornece um critério de validade.

4. Tornar dogma a doutrina do poder constituinte é ademais irrealista. Mesmo porque incontáveis entorses ele já sofreu na experiência vivida, a tal ponto que o modelo por ela descrito é a excepcionalidade na origem das Constituições³. E isto desde os tempos de Sieyès⁴.

De fato, inúmeras são as constituições decorrentes de outorgas, de constituintes preconicionadas, de “reformas” constitucionais, de congressos investidos revolucionariamente de poder constituinte, de constituições adotadas por poder estrangeiro⁵ etc., afora os casos francamente anômalos, como os de Constituição adotada por partido...⁶

1 Cf. Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, cap. V.

2 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 24 de junho de 1793, art. 28, parte final. Na primeira parte está: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua Constituição”. Está nesse artigo claramente resumida a doutrina de Sieyès.

3 V. meu livro *Estado de Direito e Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 86 e s.

4 A Constituição Americana de 1887 decorreu de uma revisão dos Artigos de Confederação de 1781, sem a convocação de representantes do povo para fazê-la; a Constituição Francesa de 1791 foi estabelecida pelos membros dos Estados Gerais que se reuniram em 1789 e se transformaram, numa decisão revolucionária, em Assembléia Nacional.

5 Cf. *Idéias para a nova Constituição Brasileira*, Saraiva, São Paulo, 1987, p. 10 e s.

6 Cf. Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, CEDAM, Pádua, 1987, p. 122 e s.

5. Por outro lado, na realidade do mundo, as constituições não se seguem a um pacto social — mera *hipótese* de raciocínio — mas substituem organizações anteriores, definidas ou não em texto escrito — que são “constituições materiais”, segundo a terminologia dos livros.

No fundo, quando essas (novas) constituições são estabelecidas por assembléia constituinte, “livre e soberana” como enfaticamente se diz — portanto de modo próximo ao modelo, elas são feitas por representantes do povo, tão representantes deste como aqueles que, nas democracias, vão mais adiante governar o país. Com efeito, na relação com o povo não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela, em ambos os casos são eleitos pelo povo para em nome e lugar deste tomarem decisões políticas. Destarte, não há uma superioridade intrínseca — decorrente da legitimidade democrática — daqueles, os representantes-constituintes, sobre estes, os representantes ordinários.

Assim, a obra dos constituintes — a Constituição — é a lei suprema que os representantes do povo eleitos posteriormente devem respeitar, mas *em razão de uma convenção*. Convenção esta que se justifica pela necessidade de uma estabilidade nas regras políticas, que aplaude a experiência, mas cuja natureza não é metafísica...⁷. Isto evidentemente demonstra não ser o poder constituinte um fundamento sólido para as “cláusulas pétreas”.

6. Note-se que, se o poder originário não dá base sólida para as “cláusulas pétreas”, muito menos o pode o poder derivado. A este falta autoridade para proibir para o futuro aquilo que pode no presente. E se o fizesse, nenhum valor real teria a sua deliberação, pois, pelo princípio do paralelismo de forma, amanhã poderia ser tranqüilamente revogada a proibição.

7. Mais sutil é o fundamento que decorre das lições de Carl Schmitt⁸.

O mestre alemão aponta ser a Constituição a “decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política” — é o conceito “positivo” de Constituição. Daí extrai ele a distinção entre constituição e leis constitucionais, estas as normas incluídas no documento constituição que desdobram, complementam, regulamentam a decisão de conjunto sobre o modo e forma da unidade política. A constituição resume-se, portanto, à definição do “modo e forma da unidade política”, por exemplo, na Constituição de Weimar a opção pela república e pela democracia.

A decisão sobre o modo e forma da unidade política é própria do poder constituinte (originária). Este, pois, caracteriza-se pela função decisória que desempenha, não por sua forma ou origem. Assim sendo, só um novo poder constituinte pode estabelecer uma nova Constituição, ou seja, tomar outra decisão sobre o modo e forma da unidade política. O poder de reforma, estabelecido no texto constitucional, pode alterar as leis constitucionais, jamais a Constituição.

⁷ Esta convenção, aliás, não é o fato que, tomado como “norma fundamental hipotética” é a base lógica da ordem jurídica, segundo a lição de Kelsen (Teoria Pura do Direito, trad. port., Armênio Amado Ed., Coimbra, 1962, vol. II, p. 16 e s.)

⁸ Cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. esp., México, s/data, p. 23 e s.

Assim, é inerente e própria à Constituição uma definição que se exprime nos pontos fundamentais que consagra sobre a ordem política. Em consequência, estes pontos fundamentais constituem o núcleo essencial da Constituição. Ora, o poder de reforma — poder de alterar a Constituição de acordo com a Constituição — não pode mudar esse núcleo, sob pena de estar fraudando a Constituição. Salvo se — e utilidade prática da sutil análise se esvai — o poder constituinte se insinuar sob a capa do poder de reforma...

Esta última hipótese transparece, quando se encara, do ângulo político e não jurídico, o processo de substituição de certas constituições por outras. Veja-se o caso francês de 1958. Formalmente não houve ruptura da ordem constitucional, a Constituição de 1946 foi, por uma “reforma”, substituída pela de 1958, mas, pelo prisma político, um novo constituinte (o Governo De Gaulle com a aprovação popular) estabeleceu nova Constituição.

A doutrina de Schmitt, do ângulo político, é esclarecedora; do jurídico pouco avança. Todavia, na tese de Schmitt que toda Constituição possui um núcleo intangível, esteja isto expresso, ou não, está a fundamentação mais razoável da existência de “cláusulas pétreas”.

8. Esse núcleo que está fora do alcance do poder de reforma pode ser implícito ou explícito. No primeiro caso, a dificuldade está em identificar quais são os componentes do núcleo fundamental. No segundo, esse problema desaparece, mas em geral um outro o substitui. Trata-se da indagação se, no caso de uma Constituição explicitar os pontos intocáveis, caber nela identificar “cláusulas pétreas” implícitas.

A lógica parece excluí-lo. Difícil é admitir que o constituinte ao enunciar o núcleo intangível da Constituição o haja feito de modo incompleto, deixando em silêncio uma parte dele, como que para excitar a capacidade investigatória dos juristas.

B) A (in)alterabilidade das “cláusulas pétreas”

9. Serão, todavia, intangíveis as “cláusulas pétreas”?

Claro está que as matérias que elas protegem são imodificáveis, enquanto elas vigorarem. Mas elas próprias podem ser alteradas, revogadas?

À luz do ensinamento de todo um rol de eminentíssimos juristas⁹, elas podem ser modificadas ou abolidas.

Para estes, sendo absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor. Sim, porque enquanto todas as regras da Constituição — exceto as incluídas no núcleo fundamental — seriam protegidas pela rigidez simples, isto é, somente seriam

⁹ É o caso dos franceses Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*, vol. IV, p. 540), Burdeau (*Traité de Science Politique*, vol. III, p. 247 e s.), Vedel (*Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*, p. 117), e de outros como Jorge Miranda adiante citado.

modificadas de acordo com o procedimento que a Constituição determina para a revisão, 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 tese da *dupla revisão* que, com o brilho habitual, defende Jorge Miranda¹⁰.

11. Contra isto, argumentará alguém serem intocáveis as regras que disciplinam a alteração de norma constitucional.

Esta tese só se fundamenta na argumentação de que seria fraude à Constituição admitir a supressão de “cláusula pétrea”. Mas isto seria de se levar em conta se a Constituição inscrevesse entre as “cláusulas pétreas” o processo de modificação constitucional que consagrou. É o que está na Constituição do Estado alemão de Hesse de 1946, art. 50.

Do contrário, trata-se de afirmação gratuita, ou que só se fundamenta com o apelo a cláusulas implícitas, pois estas há por todos os gostos.

No plano dos fatos, as regras concernentes à alteração constitucional já foram objeto, no estrangeiro e no Brasil, de mudanças que jamais foram declaradas inconstitucionais.

No aspecto do procedimento, é o caso de alteração da Constituição Francesa de 1946 que permitiu o surgimento, sem quebra de ordem jurídica, da Constituição de 1958; aqui, a alteração trazida ao procedimento pela Emenda nº 8/77, a adotada pela Emenda nº 11/78, e sobretudo pela Emenda nº 26/85, que adiante se examinará.

No plano estrito das limitações materiais ao poder de revisão, o exemplo mais significativo vem de Portugal. A terceira revisão da Constituição de 1976, concluída em 1989, alterou o art. 288 onde os mesmos estão enunciados. Suprimiu três dos limites que a redação original enunciava (as das alíneas “f”, “g” e “j”, que dispunham, respectivamente, sobre “a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos”, sobre “a planificação democrática da economia” e sobre “a participação das organizações populares de base no exercício do poder local”). Mas incluiu dois novos (hoje alíneas “f” e “g”, aquela sobre a “coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social de propriedade dos meios de produção”, esta sobre “a existência dos planos econômicos no âmbito de uma economia mista”).

C) A Constituição Brasileira de 1988

11. A Lei Magna em vigor, como se sabe, ampliou sobremaneira o campo coberto pelas “cláusulas pétreas”. Enquanto o direito anterior apenas excluía do alcance do poder constituinte derivado a abolição da Federação e da República, o art. 60, § 4º da Carta de 1988 dispõe:

“Art. 60.

¹⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed., Coimbra, tomo II, 2ª ed., 1987, p. 181 e s.

§ 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.”

É certo que o texto proíbe *abolir*, ou seja, extinguir, eliminar, revogar, e assim não veda alterar, modificar, regulamentar, como pretende uma corrente interpretativa. Mas assim mesmo é amplíssimo o campo que cobre, inclusive se se entender, como parece correto, que os direitos e garantias salvaguardados são os *fundamentais* e não meramente os individuais. E neste campo amplíssimo são numerosíssimos os direitos concedidos, muitos dos quais não merecem o *status* de fundamentais.

12. Ao avaliar o peso dessas “cláusulas pétreas”, convém lembrar que a Constituição de 1988 não foi obra de poder constituinte originário. Ela resultou de uma “reforma constituinte”.

De fato, a “Constituinte” de 1987/1988 não era senão o Congresso Nacional — inclusive com os senadores eleitos em 1982 — investido de poderes especiais de reforma por força da Emenda nº 26/85 à Constituição de 1967.

Esta Emenda nº 26/85 alterou o processo de emenda previsto na Constituição então vigente, com isso autorizando o Congresso Nacional a assumir a feição de “Constituinte”, simplificando o procedimento (maioria absoluta dos membros do Congresso para a aprovação e não maioria de dois terços em cada Casa), e, sobretudo, suprimindo as “cláusulas pétreas” consagradas na Constituição de 1967, na Emenda nº 1/69, art. 47, § 1º. Nem por sombra aparece nesse processo político-jurídico o poder inicial de organizar a nação que é o verdadeiro poder constituinte.

Do exposto derivam dois pontos de relevo.

O primeiro é que as “cláusulas pétreas” em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do poder constituinte derivado. Ora, o que poder derivado estabelece, poder derivado pode mudar.

O segundo corrobora o primeiro. A Emenda nº 26/85 permitiu uma reforma constitucional sem a limitação das “cláusulas pétreas” então vigentes que proibiam a abolição da Federação e da República. E foi por isso que pôde surgir a proposta monarquista que, inclusive, redundou no plebiscito previsto no art. 2º do ADCT.

D) Observações finais

13. A análise acima feita procura colocar nos devidos termos, seja do ângulo doutrinário, seja do ângulo do direito positivo, as “cláusulas pétreas”.

Daquele ângulo se apercebe não terem elas fundamento seguro, mesmo quando fruto do poder constituinte originário, pois este não goza de uma “qualidade” superior ao poder de que goza a representação popular. Muito menos têm elas arrimo quando resultam do poder derivado. A tese de Carl Schmitt tem maior valor, mas apenas serve para reconhecer a manifestação do verdadeiro poder constituinte, ainda que venha ela sob outros trajes.

De qualquer forma, a limitação material do poder constituinte não é a regra, mas a exceção. Como tal há de ser interpretada restritivamente.

Por outro lado, a intocabilidade das “cláusulas pétreas” não é um dogma. Ao contrário, a lógica da história e o ensinamento de ilustres juristas a rejeitam.

Do ângulo do direito positivo, a experiência brasileira mostra ser possível a uma Emenda afastar a aplicabilidade de “cláusulas pétreas”, como a uma Constituição, obra de uma “reforma constituinte” estabelecer diversas, sem, todavia, restaurar uma delas, anteriormente afastada.

De qualquer modo, as matérias protegidas por “cláusulas pétreas” não podem ser abolidas — porque só o abolir é que estas impedem — salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado. Isto já não é pouco.

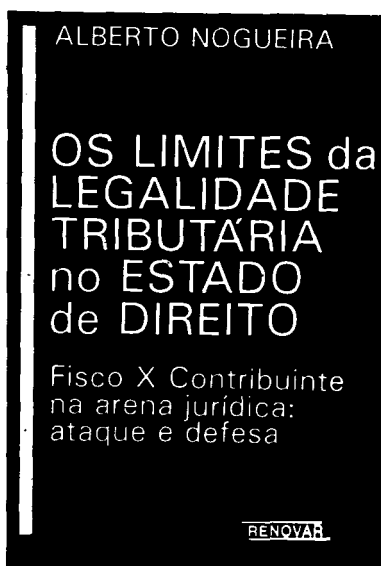
OS LIMITES DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA NO ESTADO DE DIREITO

Fisco x Contribuinte na Arena

Jurídica: Ataque e Defesa

Alberto Nogueira

Neste livro, a figura da obrigação tributária foi meticulosamente dissecada e analisada em suas implicações universais e, sobretudo, à luz de nosso sistema jurídico, com ênfase para sua inserção no sistema das garantias do contribuinte e, por simetria, no contraponto dos limites impositivos. O autor preocupou-se, acima de tudo, com os aspectos instrumentais do controle da legalidade tributária.



**Ref. 0099
Brochura
185 págs.
Form. 14x21**