

REFLEXÕES ACERCA DA LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Frederico Augusto Leopoldino Koehler

*Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife-PE.
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Professor Substituto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de
Pernambuco – UFPE. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da
Faculdade Boa Viagem – FBV.*

Sumário: 1. Intróito; 2. Breve referência às cláusulas pétreas no direito estrangeiro; 3. A razão de ser das cláusulas de imutabilidade; 4. As cláusulas pétreas no Brasil; 5. Aspectos positivos e negativos das limitações materiais ao poder de reforma; 6. A teoria da dupla revisão; 7. O paradoxo das cláusulas pétreas; 8. Análise da legitimidade das cláusulas de imutabilidade no regime democrático; 9. O papel do STF na delimitação das cláusulas pétreas; 10. Conclusão; 11. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente ensaio tem o intuito de desenvolver reflexões críticas sobre a legitimidade das cláusulas pétreas nos regimes democráticos. Para tanto, o autor inicia o artigo com um breve histórico das cláusulas pétreas no direito estrangeiro. Após, são averiguadas as razões que comumente motivam a sua criação. O texto analisa o instituto no ordenamento jurídico brasileiro e, mais adiante, destaca os pontos positivos e negativos das limitações materiais ao poder de reforma. Aborda então a teoria da dupla revisão e o paradoxo das cláusulas pétreas. Por fim, questiona a legitimidade dessa figura jurídica no regime democrático e o papel do Supremo Tribunal Federal como intérprete central do instituto e definidor do seu sentido e alcance, apontando as conclusões atingidas.



1. INTRÓITO

Este artigo tem o intuito de desenvolver reflexões críticas sobre a legitimidade das cláusulas pétreas¹⁻² nos regimes democráticos.

Cláusulas pétreas, no dizer de Uadi Lammêgo Bulos³:

“são aquelas que possuem uma supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso do mencionado §4º do art. 60.

Total, pois contêm uma força paralisante e absoluta de toda a legislação que vier a contrariá-las, quer implícita, quer explicitamente.”

Não são em grande número, especialmente no Brasil, os estudos que apontam críticas ao instituto das cláusulas pétreas. Na verdade, a maioria dos doutrinadores limita-se, de forma acrítica, a prestar homenagem a elas. Tentaremos examinar a matéria sob um ponto de vista diverso, perquirindo, em suma, acerca da própria existência das limitações materiais ao poder de reforma.

Para tanto, iniciaremos o trabalho por um breve histórico das cláusulas pétreas no direito estrangeiro. Após, averiguaremos as razões que comumente motivam a sua criação. Prosseguiremos com uma análise sobre o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Mais adiante, destacaremos os pontos positivos e negativos das limitações materiais ao poder de reforma. Abordaremos então a teoria da dupla revisão e o paradoxo das cláusulas pétreas. Por fim, partiremos para o questionamento acerca da legitimidade dessa figura jurídica no regime democrático e sobre o papel do Supremo Tribunal Federal como

¹ Designadas por Pinto Ferreira de “limitações materiais ao poder de reforma”, por Edvaldo Brito de “cerne imodificável”, por Karl Löwestein de “disposições inatingíveis” e por Jorge Miranda de “limites materiais de revisão constitucional”. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 92, mai. 2003, p. 41, e TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. Jurisprudência Brasileira Criminal, n. 46, p. 65.

² Ainda sobre a expressão ‘cláusulas pétreas’, Ronaldo Poletti assevera que “a denominação não poderia ser pior, porque ela enseja, pelo menos, um sentido pejorativo: a petrificação. Petrificar uma Constituição jurídica ou parte dela representa o absurdo do imobilismo. Além disso, uma geração não tem o direito de comprometer as gerações futuras com a imutabilidade”. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. As cláusulas pétreas: as falsas e as verdadeiras. Revista Jurídica Consulex, Brasília-DF, ano VII, n. 146, fev. 2003, p. 7.

³ BULOS, Uadi Lammêgo. Cláusulas pétreas e direito adquirido. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ulbulos/petreasdiradq.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2006. P. 7.



intérprete central do instituto e definidor do seu sentido e alcance, destacando as conclusões que tivermos atingido.

2. BREVE REFERÊNCIA ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Alexandre de Moraes informa o seguinte sobre o surgimento das cláusulas pétreas⁴:

“A previsão de matéria constitucional imutável e, conseqüentemente, não sujeita ao exercício do Poder Constituinte Reformador, surgiu com a Constituição norte-americana de 1787, que previu a impossibilidade de alteração na representação paritária dos Estados-membros no Senado Federal”.

Atualmente, várias Constituições consagraram o princípio doutrinário da limitação material do poder de revisão. Assim, expressamente o adotam a Constituição francesa de 1958 (art. 89, alínea 5), a Constituição italiana de 1947 (art. 139), a Lei Fundamental da República Alemã de 1949 (art. 79, alínea 3), a Constituição da Venezuela de 1961 (art. 3º), Constituição da República portuguesa de 1976 (art. 290) e a Constituição brasileira de 1988 (art. 60, § 4º)⁵, dentre muitas outras.

3. A RAZÃO DE SER DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE

Na verdade, a maior razão para a inclusão de cláusulas pétreas nas constituições é o receio consciente ou inconsciente da ingerência do Poder Executivo nos outros Poderes. Por este motivo, as cláusulas de imutabilidade são mais comuns em países que saíram de ditaduras e tentam se resguardar de uma volta ao passado recente por meio da proibição de mudança em certos

⁴ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1152.

⁵ Cf. NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF, a. 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 84.

pontos da Carta Magna. A título exemplificativo, confira-se a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 79, alínea 3, c/c o artigo 1º, *in verbis*⁶:

“Artigo 79. [Revisão da lei fundamental].

(3) É inadmissível qualquer revisão desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados-membros ou a participação, por princípio, dos Estados-membros na legislação ou os princípios consagrados nos artigos 1º e 20.

Artigo 1º. [Proteção da dignidade da pessoa humana].

(1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e protegê-la.

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito diretamente aplicável, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” (tradução nossa).

Observa-se que a Constituição alemã considerou a dignidade da pessoa humana e o regime federativo como cláusulas pétreas, justamente por estes terem sido os princípios mais atingidos durante o regime nazista.

Acerca da necessidade de estipulação de limites materiais ao poder de revisão, trago à colação o ensinamento de Márcio Iorio Aranha⁷:

⁶ No original: “Artikel 79. [Änderung des Grundgesetzes]. (3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig. Artikel 1. [Menschenwürde; Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt]. (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ DATENSCHUTZ UND RECHT. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <<http://www.datenschutz-berlin.de/recht/de/gg/>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

⁷ ARANHA, Márcio Iorio. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília-DF, n. 7, p. 389-390.

“(...) fala-se de um conteúdo objetivo, que deriva da constatação de que uma constituição, embora historicamente surgida da necessidade de estruturação estatal para o fim de limitação e de preservação do poder político, passou a refletir, com o tempo, valores básicos a serem protegidos até mesmo contra o querer democrático”.

No tocante a essa questão, Kirchhof afirma que⁸:

“Enquanto o agravamento do processo revisor pretende proteger o texto constitucional contra a política constitucional precipitada, os limites materiais buscam proteger a constituição contra o absolutismo da maioria reformadora. Por isso mesmo a técnica das ‘cláusulas pétreas’ já foi qualificada de ‘rigidez de segundo grau’”.

Por outro lado, sabe-se que nem todos os países possuem cláusulas inattingíveis em suas Constituições. A Inglaterra, por exemplo, não tem nem sequer Constituição escrita (e muito menos cláusulas pétreas) e a sociedade britânica vive há séculos sem qualquer problema atribuível a essa ausência. Porém, é fato assente que das democracias mais antigas hoje existentes, apenas Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Islândia dispensam uma Constituição rígida, que estabeleça limites às decisões tomadas pela maioria parlamentar. Percebe-se, contudo, que se trata de uma parcela minoritária na presente quadra histórica.

Nessas democracias referidas, o tecido social é firme e homogêneo, e o consenso sobre as regras de sociabilidade é estável, o que torna dispensáveis impedimentos constitucionais visando a restringir a vontade da maioria. O Poder Legislativo aí tudo pode, não havendo normas constitucionais imutáveis que bloqueiem as resoluções da maioria dos representantes do povo. Entretanto, nos países onde os embates legiferantes entre maiorias e minorias são muito intensos ou ainda onde existam resquícios de tradições autoritárias, como é o caso do Brasil, a rigidez constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir a observância das regras da democracia.

⁸ Apud COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema. Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 278.

4. AS CLÁUSULAS PÉTREAS NO BRASIL

Primeiramente, faz-se mister traçarmos um pequeno resumo da evolução histórica do assunto nas diversas constituições brasileiras. A Constituição de 1824 não previa cláusulas pétreas. Contudo, estipulava no preâmbulo e nos artigos 4º, 99 e 116, que Dom Pedro era o Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil e que imperaria para sempre no país. Portanto, o Reinado de Dom Pedro I pode ser considerado uma cláusula pétrea da Carta de 1824. Em 1891, surgem as primeiras cláusulas pétreas explícitas, quais sejam, o regime republicano, a forma federativa de estado e a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, §4º). Situação similar persistiu na Constituição de 1934 (art. 178, §5º), mas sem referência à igualdade de representação dos Estados no Senado. A Constituição de 1937 aparece como a única em nossa história que não previu cláusulas pétreas. A Carta Magna de 1946, por sua vez, retomou a tradição das duas primeiras Constituições republicanas e também prescreveu que não seriam admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República, o que foi mantido com praticamente a mesma redação nas Constituições de 1967 e 1969⁹.

Na Constituição Federal de 1988, as cláusulas pétreas estão previstas no art. 60, §4º, e são a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, *ad litteram*:

*“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.”

O núcleo de cláusulas pétreas foi consideravelmente alargado pela Constituição de 1988, se comparado com as Cartas anteriores, com exceção

⁹ Para o histórico completo das cláusulas pétreas nas Constituições do Brasil, vide: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cláusulas pétreas como garantias dos direitos fundamentais. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília-DF, a. XXXII, n. 74, jan./jun. 2002, p. 27-31.

da forma republicana, que deixou de ser prevista como cláusula pétrea e foi submetida a um plebiscito, tendo o povo decidido pela sua manutenção. Atribui-se tal extensão a fatores históricos, ideológicos e também à influência decisiva de três grandes constitucionalistas portugueses, que visitaram o país durante os trabalhos constituintes, trazendo a experiência do processo constituinte português, a saber: José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Souza¹⁰.

5. ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS LIMITAÇÕES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA

As cláusulas pétreas representam, sob um ponto de vista positivo, segurança jurídica e a garantia de que uma determinada matéria está acima da política cotidiana. Nesse caminho segue a afirmação de Cláudia de Góes Nogueira¹¹:

“Trata-se de garantias ao próprio Estado Democrático de Direito, vez que pretendem assegurar a identidade ideológica da Constituição, evitando a violação à sua integridade e a desnaturação de seus preceitos fundamentais. Protegem, em verdade, seu núcleo intangível”.

Por outro lado, um ponto negativo é o déficit democrático, porque as limitações ao poder de reforma impedem as mudanças e evoluções desejadas pelas gerações futuras. Com efeito, as alterações em questões regidas por cláusulas pétreas só são possíveis com a promulgação de uma nova Constituição, o que exige, via de regra, um processo revolucionário, armado ou não.

Em virtude disso, a decisão de tornar imodificável uma norma constitucional deve ser extremamente amadurecida, pois equivale a congelar *ad eternum* (enquanto viger a Lei Fundamental) a discussão política sobre aquele tema.

¹⁰ Cf. NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 84.

¹¹ NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 83.



O conteúdo imutável deveria ser somente o fundamental para a própria existência da comunidade sob o pálio de um regime democrático¹².

Demonstrando a tensão latente entre os aspectos positivos e negativos das cláusulas pétreas, veja-se a lição de José Guilherme Carneiro Queiroz¹³:

“Entretanto, como é notório, a Constituição foi construída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se, em profundidade, por defender o indivíduo do Estado (caráter analítico). Tal meritória busca acabou por trazer, na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira. Esta escolha do legislador constituinte originário, apesar de extremamente bem intencionada é, sem sombras para discussão, pretensiosa (Vital Moreira), podendo acarretar prejuízo para a própria sociedade”.



No mesmo caminho, transcrevo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴:



“A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte (ou aquilo que Rawls designou de elementos constitucionais essenciais), evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar – consoante já lembrado na parte introdutória – na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”.

¹² SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. Revista da ESMape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005, p. 132.

¹³ QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da Constituição frente às cláusulas pétreas. Revista de Direito Constitucional e Internacional, a. 13, n. 52, jul./set. 2005, p. 194.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. Revista Interesse Público, n. 17, 2003, p. 60.



Interessante a visão de Stephan Kirste sobre o tema. O indigitado autor aborda o problema da legitimidade da atitude de uma maioria que, formada em determinado instante da história de um país para elaborar uma nova Constituição, submete as gerações futuras, *ad infinitum*, a uma norma criada sob circunstâncias históricas, sociais e culturais totalmente diversas das atuais. Nas palavras do referido jurista¹⁵:

“As normas controlam o problema da incerteza do futuro na medida em que contêm regulamentações vinculantes [rectius: vinculadoras] que não podem ser modificadas por meio dos atos que têm por objeto. O passado, isto é, a entrada em vigor das normas, transforma-se na perspectiva temporal que determina o agir presente. Friedrich Nietzsche chamou essa função um ‘aval do futuro’, sua pré-ordenação e sua antecipação. O ser humano é tornado um ‘animal’ que ‘pode prometer’ e é, assim, ao mesmo tempo impedido de esquecer e de autodeterminar-se no presente: ‘O ser humano tornou-se realmente previsível com a ajuda da moralidade dos costumes e das camisas-de-força sociais.’”

Em um mundo que se modifica rapidamente, essas pré-decisões constitucionais (*constitucional pre-commitments*) expressam um absurdo gnoseológico, mas deontologicamente são plenamente justificáveis, desempenhando as normas nada além de uma função no contexto da “colonização do futuro”, da garantia atual em contraposição à sua imprevisibilidade¹⁶. Na verdade, nota-se que o autor não está se referindo às cláusulas pétreas, mas apenas às normas constitucionais comuns.

Com o tempo, entretanto, as próprias normas são criticadas e se tornam objeto dos conflitos. Nessa perspectiva, é decisivo submeter os critérios de modificações das normas também a normas, que regulam a competência para essas modificações e seu procedimento, (são as “regras secundárias” de H. L. A. Hart em um sentido mais amplo)¹⁷. Exemplo disso são as emendas à

¹⁵ KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo: a estrutura temporal das constituições. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife-PE, n. 13, 2003, p. 116.

¹⁶ KIRSTE, Stephan. Op. cit., p. 117.

¹⁷ KIRSTE, Stephan. Op. cit., p. 117-118.

Constituição. Assim se viabiliza a possibilidade de participação democrática dos indivíduos que não criaram a Lei Fundamental. Todavia, a possibilidade de mudança por meio da iniciativa popular fica impedida na hipótese das cláusulas pétreas, uma vez que apenas a Corte Constitucional poderá delimitar com força definitiva o conteúdo das mesmas.

6. A TEORIA DA DUPLA REVISÃO

Alguns doutrinadores tentaram resolver o problema das limitações materiais ao poder de reforma, elaborando, para tanto, a teoria da dupla revisão. Dentre os que adotaram essa teoria, encontram-se juristas de escol, como Jorge Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Burdeau e Vedel. Eles defendem que as cláusulas pétreas podem ser modificadas ou abolidas, uma vez que seria absurdo admitir-se a imutabilidade eterna de uma norma. Entendem os mencionados juristas que o sentido das cláusulas de imutabilidade é apenas tornar mais rígida a possibilidade de mudança. Elas funcionariam como um dispositivo de dupla proteção, isto é, para modificar as cláusulas pétreas seria preciso, primeiro, revogar a própria cláusula pétrea, para só então, alterar as disposições sobre a matéria em questão.

Para ilustrar o entendimento dos autores que adotam a teoria da dupla revisão, trazemos à colação a seguinte lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁸:

“Serão, todavia, intangíveis as cláusulas pétreas? Claro está que as matérias que elas protegem são imodificáveis, enquanto elas vigorarem. Mas elas próprias devem ser alteradas, revogadas? À luz do ensinamento de todo um rol de eminentíssimos juristas [refere-se o autor a Duguit (Traité de Droit Constitutionnel, vol. IV, p. 540), Burdeau (Traité de Science Politique, vol. III, p. 247 e ss.), Vedel (Manuel élémentaire de droit constitutionnel, p. 117), e Jorge Miranda], elas podem ser modificadas ou abolidas. Para

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, n. 13, out./dez. 1995, p. 8.

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 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 Miranda”. (grifos no original)

Relevante citar-se, ainda, o entendimento de Paolo Biscaretti di Rufia¹⁹:

“A segunda citação é de Paolo Biscaretti di Rufia, que admite a remoção do art. 139 da Constituição italiana, segundo a qual ‘a forma republicana não pode ser objeto de reforma constitucional’. Ao mestre parece que a solução mais correta (‘ainda que fortemente afastada, sobretudo por motivos políticos’) seria primeiro afastar a norma proibitiva (‘ab-rogação preventiva do mesmo artigo que tem, evidentemente, a mesma eficácia de todos os demais artigos da Constituição’) e posteriormente propor a reforma constitucional.”

Mas essa teoria é rechaçada pela maioria da doutrina, sob pena de cair no vazio o próprio instituto das cláusulas pétreas. Exemplo lapidar da corrente majoritária, à qual nos filiamos, é o professor Canotilho, segundo o qual²⁰:

¹⁹ Apud CERQUEIRA, Marcello. Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia. A Constituição – Controles e controle externo do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revan, 1995, p. 137-138.

²⁰ Apud CERQUEIRA, Marcello. Op. cit., p. 138-139.

“Através dos limites materiais da revisão garantem-se contra a revisão constitucional os princípios fundamentais da Constituição, que precisamente por isso se transformam no seu núcleo essencial, ou seja, aquele conjunto de princípios cuja permanência se torna necessária para a própria identidade constitucional, e cuja alteração significaria, não uma alteração da lei fundamental, mas sim a substituição de uma Constituição por outra”.

Além do mais, a principal argumentação dos que negam a teoria da dupla revisão fulcra-se na derivação do poder revisional, poder constituído por excelência, e sua subordinação ao regramento superior que lhe outorga competência. Nesses termos, abrogando-se tais limites, estar-se-ia abrogando o fundamento da própria competência revisora²¹.

Portanto, as normas constitucionais que prevêm as cláusulas pétreas funcionam como limite exterior e superior ao poder de revisão, não podendo ser afastadas por este último.

7. O PARADOXO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Abordaremos, no presente tópico, o que se pode designar como o paradoxo das cláusulas pétreas. Gilmar Ferreira Mendes, lecionando sobre o escopo das limitações ao poder de revisão, afirma que²²:

“tais cláusulas de garantia (Ewigkeitsgarantie) traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento, ou impliquem profunda mudança de identidade do telos constitucional. É que, como ensina Hesse, a

²¹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O controle de constitucionalidade e o exercício do poder reformador no Brasil. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte-MG, n. 3, Del Rey, jan./jun. 2004, p. 356-357.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 95.

Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade”.

Entretanto, na medida em que as cláusulas pétreas visam a engessar o comportamento político das gerações que se lhes seguem, pela sua imutabilidade, e considerando que os cidadãos poderão, em um determinado momento futuro, não mais se conformar aos valores expressos em normas estabelecidas por gerações anteriores, esse fato tende a conduzir à ruptura constitucional, haja vista que tais cláusulas só poderão ser extintas, modificadas ou substituídas através de uma nova Constituição. Logo, se propõem à ruptura, as cláusulas pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional por elas próprias perseguida. Acerca do tema, afirma Paulo Bonavides²³:

“A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como produto lógico e absoluto, válido para todas as sociedades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo durante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição. (...). A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.”

Novamente trago à baila as palavras de Gilmar Ferreira Mendes²⁴:

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 173.

²⁴ MENDES, Gilmar. Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. São Paulo: Celso

“Aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.”

O argentino Jorge Reinaldo Vanossi está entre os juristas que repudiam as cláusulas pétreas, por entendê-las inúteis e até contraproducentes. O referido jurista elenca uma série de argumentos contrários às mesmas, a saber²⁴:

“a) a função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata de um ‘renascimento’ do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino.”

O renomado professor Jorge Miranda, catedrático da Universidade Católica de Portugal e da Universidade de Lisboa, já propôs uma revisão periódica das cláusulas pétreas na Constituição portuguesa, e em qualquer outra Constituição que as tenha, com vistas a atenuar o multicitado paradoxo²⁵. Há que se buscar uma solução quanto ao problema em apreço, pois, se é preciso conferir um mínimo de estabilidade às constituições, é igualmente necessário não aprisionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição. Nesse ponto, a revisão periódica poderia constituir-se em meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático.

Bastos Editora, 2000, p. 125.

²⁴ VANOSSE, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 188-190.

²⁵ Apud NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 89.

8. ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE NO REGIME DEMOCRÁTICO

Em face da situação adrede relatada, impõe-se um questionamento inevitável: justifica-se, dentro de uma perspectiva democrática, que uma decisão política tomada no passado – às vezes muito distante – possa bloquear pereneamente o pensamento dos indivíduos por intermédio das cláusulas pétreas? Ou, no dizer do professor Vital Moreira²⁶:

“E é fácil ver que neste ponto se liga uma das mais problemáticas das questões que o princípio democrático coloca ao constitucionalismo, nomeadamente a saber em que medida é que o poder constituinte pode constringer ad eternum a vontade democrática para o futuro.”

Esmiuçando a questão, trago o ensinamento de Raúl Gustavo Ferreyra²⁷:

“El ideal de la autodeterminación requiere que el orden social y jurídico sea creado por decisión de los ciudadanos, y que conserve su fuerza obligatoria mientras disfruta de la aprobación de ellos. La transformación del principio de autodeterminación política en la regla de la mayoría es otro paso singular en la metamorfosis de la idea de libertad.

(...).

Así definida, la democracia es una forma para la producción del ordenamiento. Puede leerse en Kelsen que la participación en el gobierno, es decir, en la creación y aplicación de las normas generales que constituyen la comunidad, es la característica esencial de la

²⁶ MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia na experiência portuguesa. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 266.

²⁷ FERREYRA, Raúl Gustavo. Poder, Democracia y Configuración Constitucional. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard3.htm#N*>. Acesso em: 15 dez. 2006.

democracia. Por consiguiente, la democracia es esencialmente un gobierno del pueblo, donde el principal valor que la democracia intenta realizar es el de igual libertad política. El procedimiento democrático, en tanto predicable del procedimiento por intermedio del cual se genera el orden jurídico, se funda en la igual libertad política, cuya realización racional exige optar por el principio de la mayoría.”

Registre-se que a previsão de procedimentos mais complexos para alteração das normas constitucionais (quórum qualificado e votação em dois turnos) não comprometem, e a nosso ver, até favorecem, a manutenção do regime democrático. Dessa forma, torna-se mais difícil que grupos organizados formem maiorias eventuais e precárias a fim de desfazer decisões fundamentais tomadas pela sociedade em assembléia constituinte. Isso não pode servir de base, entretanto, para a instituição de cláusula de proibição de qualquer discussão política sobre parte da Constituição, especialmente se esse procedimento é empregado de forma excessivamente ampla. Em suma, não existe incompatibilidade entre rigidez e democracia, mas entre vedação de discussão e democracia²⁸.

Pode-se ir além: em que medida a função de custodiar as gerações futuras deve ser entregue a um órgão sem legitimidade democrática direta, como o Supremo Tribunal Federal? É nessas perguntas que vamos nos concentrar.

Ao impor as indigitadas limitações às gerações futuras, o constituinte demonstrou um alto grau de desconfiança no sistema político que estava sendo produzido. Isso porque 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 precedentes. Miguel Reale, a propósito, cunhou a expressão *autoritarismo normativo* para designar a ausência de legitimidade na estipulação de cláusulas pétreas²⁹.

²⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. Revista da ESMape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005, p. 132-133.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Reforma Constitucional e as Cláusulas Pétreas. Revista Think, a. II, n. 6, jan. 1999, p. 8.

9. O PAPEL DO STF NA DELIMITAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

A delimitação do alcance e do sentido das cláusulas pétreas se dá por meio de sua interpretação, como bem esclarece José Joaquim Gomes Canotilho³⁰:

“Realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos - ‘pluralismo de intérpretes’ - que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.”

O defensor das cláusulas pétreas não é outro que não o guardião da Constituição Federal, ou seja, o Supremo Tribunal Federal. Então, a Excelsa Corte é quem define o conteúdo das cláusulas pétreas e os seus alcance, sentido e limites. Nesse sentido, observe-se a lição de José Eduardo Nobre Matta³¹:

“De fato, mais de uma vez foi intentado o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, sob o argumento de contrariedade de cláusulas pétreas, já sob a égide da Carta de 1988. De seu turno, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se reiteradamente ressaltando para si tal mister”.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está se transformando em uma constituinte permanente – na feliz expressão cunhada por Francisco Campos na década de 50 –, sem que tenha legitimidade direta advinda do povo para

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1164.

³¹ MATTA, José Eduardo Nobre. Emenda do Judiciário – “Quem garantirá as garantias?”. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro-RJ, v. 3, n. 10, 2000, p. 201.

tanto. Acentuando o perigo dessa proeminência do Poder Judiciário como último intérprete da Carta Magna, e da crescente judicialização da política, Marcelo Casseb Continentino assevera³²:

Pois se ela [a judicialização da política] significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de intérpretes da Constituição, essa “substituição do cidadão pelo juiz – enquanto fonte do conteúdo das normas jurídicas – não poderá ser favorável a uma política deliberativa fundada no autogoverno, nem ao desenvolvimento da Democracia regida por cidadãos ativos.

Em virtude disso, não se pode deixar de ter em mente que a interpretação das cláusulas pétreas deve ser restritiva, para dar maior valor ao princípio democrático, pois quanto maior o alcance das cláusulas pétreas, menores serão as possibilidades de mudanças introduzidas pelo Parlamento. Nesse diapasão, transcrevo a lição de Vital Moreira³³:

“Porém, quatro revisões depois, tem de constatar-se que a Constituição Portuguesa mudou muito, e mudou em termos substanciais, mesmo em aspectos inicialmente vedados à liberdade da revisão. Como foi isso possível? Foi possível, por um lado, através de uma interpretação soft das cláusulas pétreas, que as reduziu à salvaguarda de princípios genéricos, mais do que à garantia do concreto regime estabelecido nas formulações constitucionais”.

Esse ponto não é comumente observado pela doutrina e pela jurisprudência, que costumeiramente adotam interpretações demasiado extensivas do alcance das cláusulas pétreas.

Exemplo disso é a interpretação da cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso IV, qual seja, “os direitos e garantias individuais”. A fórmula utilizada pelo constituinte foi muito genérica, o que, por um lado, contribuiu para o

³² CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 59-60.

³³ MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 273.

surgimento de controvérsias entre os juristas, mas por outro, permite a evolução do sentido das cláusulas pétreas através da interpretação do Supremo Tribunal Federal. A doutrina e a Suprema Corte vêm entendendo que se enquadram nesse conceito, além dos previstos no art. 5º, os direitos e garantias sociais, os direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos e outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados – em suma, todo o conteúdo do título II da CF. A título ilustrativo, observe-se o julgamento da ADIN 939-07/DF, em que o STF considerou cláusula pétrea o princípio da anterioridade tributária, contida no art. 150, III, b, da CF/88³⁴.

Nesse exato sentido, trago à colação a lição de Ivo Dantas³⁵:

“Assim entendidos, ao fixar o art. 60, §4º, inciso IV, os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, deverão estes ser interpretados não apenas como aqueles enumerados no art. 5º, mas, igualmente, todos os constantes do Título II da Constituição Federal.

Mas não é só.

Decorrência do §2º do art. 5º e do caput do art. 7º, fica reconhecida a existência de outros direitos individuais espalhados pela Constituição Federal, dentre os quais se poderá fazer referência a alguns incisos do art. 37, aos arts. 38, 39, 42.

Finalmente, citem-se direitos consagrados no Título VIII e que representam o desdobramento do que está dito no art. 6º, ao determinar que ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição’.

³⁴ Cf. TERRA, Eugênio Couto. Op. cit., p. 79, que afirma o seguinte: “O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 939, que versava sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que instituiu o IPMF, delineou o seu entendimento sobre a possibilidade de existência de direito fundamental fora do catálogo previsto na Constituição. Foi reconhecido o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, posto que podem ser localizados em qualquer local do texto constitucional (e até fora dele), sempre que presente uma posição de fundamentabilidade no conteúdo do direito”.

³⁵ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 209-210.

Todas estas matérias, a partir da decisão do STF, incluem-se nas denominadas cláusulas pétreas, mais precisamente, no inciso IV do art. 60, não podendo ser, nem ao menos, objeto de deliberação qualquer proposta que atente contra eles.”

Como se vê, o catálogo de cláusulas pétreas na Constituição brasileira é excessivamente genérico, deixando ao encargo do STF a definição do seu sentido e dos seus limites. É o que assevera Cláudia de Góes Nogueira³⁶:

“As cláusulas pétreas existentes no ordenamento constitucional brasileiro, referentes à proteção absoluta dos direitos e garantias fundamentais, foram elaboradas de maneira excessivamente genérica, contribuíram muito mais para a criação de cizânia entre os juristas do que efetivamente para a justa resolução do problema.”

Por esse motivo, surgem dúvidas as mais diversas sobre a sua aplicação cotidiana. Por exemplo: a pena de morte e a redução da idade mínima para imputabilidade penal (art. 228 da CF) são cláusulas pétreas?

O Pleno do STF já teve a oportunidade de decidir que a proibição da pena de morte é cláusula pétrea, no julgamento do MS 21.311-6/DF (Rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 25 mai. 1999, p. 3).

Quanto à inimputabilidade penal, prevista no art. 228 da CF, é uma questão muito polêmica. Há um verdadeiro clamor de parte da sociedade para que a imputabilidade penal seja estendida aos menores de dezoito anos³⁷. Sobre essa matéria, há que citar-se a lição de Eugênio Terra³⁸:

³⁶ NOGUEIRA, Cláudia de Góes. Op. cit., p. 80.

³⁷ No site da Câmara dos Deputados (<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>), é possível consultar a tramitação da PEC nº 171/93, que visa à diminuição da idade penal para 16 (dezesseis) anos. Várias Propostas de Emenda à Constituição com o mesmo teor foram apensadas à PEC referida, nomeadamente: PEC nº 150/1999, 167/1999, 169/1999, 633/1999, 260/2000, 321/2001, 37/1995, 91/1995, 301/1996, 531/1997, 68/1999, 133/1999, 377/2001, 582/2002, 64/2003, 179/2003, 272/2004, 302/2004, 345/2004 e 489/2005. Isso demonstra claramente um movimento pela diminuição da idade penal por parte do povo, através de seus representantes, que cedo ou tarde será submetido à apreciação da Excelsa Corte.

³⁸ TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. Jurisprudência Brasileira Criminal, n. 46, p. 59.

“Com a presente exposição, procura-se demonstrar que o art. 228 da Constituição é uma cláusula pétrea e, portanto, insuscetível de modificação pelo Poder Reformador, pois erigida a tal condição por uma opção política do Poder Constituinte”.

Na defesa da imutabilidade da idade de imputabilidade penal manifesta-se também Gercino Gerson Gomes Neto, no artigo “A inimputabilidade penal como cláusula pétrea”³⁹.

Podemos citar ainda outras questões hipotéticas que exemplificam o papel do STF na delimitação das cláusulas pétreas. No que tange à forma federativa de Estado, *verbi gratia*: não há dúvida de que pode haver mudança na configuração da Federação, com a extinção de Estados-membros e a criação de outros; mas quantos Estados-membros têm que existir para que seja mantida a forma federativa? Com relação à própria existência da democracia: a previsão do voto periódico seria lesionada caso fosse aprovado um mandato de 15 anos? A resposta para ambas as questões é a mesma: incumbirá ao STF decidir, quando for para tanto provocado.

Outro exemplo ainda pode ser elencado: o STF vinha entendendo sistematicamente que a criação de Conselhos Estaduais para o controle externo do Poder Judiciário era inconstitucional, pois violava o princípio da separação dos Poderes, como ocorreu, por exemplo, no julgamento da ADin 135/PB, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 21 nov. 1996, Informativo STF nº 54, e da ADin 98-5/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 31 out. 1997, p. 55.539⁴⁰. Esse entendimento foi cristalizado na Súmula 649 do STF, com o seguinte teor: “É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades”.

Posteriormente, na primeira Sessão Administrativa do STF no ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004, o Plenário do Tribunal fixou posição

³⁹ GOMES NETO, Gercino Gerson. A inimputabilidade penal como cláusula pétrea. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/inimputabilidade.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

⁴⁰ Segundo se lê na lição de Murillo Giordan Santos, o próprio Supremo Tribunal Federal já considerou inconstitucional dispositivos das Constituições dos Estados da Paraíba, Pará, Bahia e Mato Grosso, exatamente por terem tentado criar órgãos de controle externo das magistraturas estaduais por meio do poder constituinte decorrente. SANTOS, Murillo Giordan. Interpretações implícitas aos limites constitucionais expressos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 13, n. 50, jan./mar. 2005, p. 150.

institucional sobre o denominado “Controle Externo do Poder Judiciário”, à época ainda em tramitação no Congresso Nacional, nos seguintes termos⁴¹:

“Após a manifestação de todos os Ministros apurou-se: os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluzo são favoráveis à instituição de um Conselho Superior formado apenas por magistrados, podendo officiar junto a esse Órgão, sem direito a voto, membros do Ministério Público e integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil; o Ministro Sepúlveda Pertence manifestou-se a favor, desde que limitada sua composição a Magistrados, representantes da OAB e do Ministério Público; e os Ministros Celso de Mello, Nelson Jobim, Carlos Britto e Joaquim Barbosa externaram sua concordância com a criação do Conselho nos termos em que previsto na PEC 29, em tramitação no Senado Federal, composto por nove magistrados, dois representantes da OAB, dois do Ministério Público e dois da sociedade, esses últimos indicados pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados. Dessa forma, o Tribunal, por maioria, adotou posição institucional favorável à criação do Órgão, restrita sua composição, porém, a membros do Poder Judiciário, admitindo que perante ele officiem representantes do Parquet e da Advocacia”.

Contudo, o Excelso Pretório findou por mudar de entendimento, quando entendeu, por maioria, pela constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça com representantes externos ao Poder Judiciário, como previsto na Emenda Constitucional nº 45/04, com os fundamentos seguintes⁴²:

⁴¹ Ata da Primeira Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal do ano de 2004, realizada em 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62183>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-DF. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. Informativo do STF nº 383. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info383.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

“remontando à matriz histórica e à evolução da doutrina política que inspiraram nosso sistema constitucional da separação dos Poderes, afirmou-se que o constituinte desenhou a estrutura institucional desses Poderes de forma a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, por meio da previsão de autonomia orgânica, administrativa e financeira, temperando-a, no entanto, com a prescrição de outras atribuições, muitas de controle recíproco, cujo conjunto forma um sistema de integração e cooperação preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício da garantia de liberdade, consistindo esse quadro normativo em expressão natural do princípio na arquitetura política dos freios e contrapesos. Afirmou, ainda, que o CNJ é órgão próprio do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (CF, art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, assim, sem vestígios de representação orgânica, dois dos quinze membros, não podendo essa indicação se equiparar a nenhuma forma de intromissão incompatível com a idéia política e o perfil constitucional da separação e independência dos Poderes. Salientou-se, ademais, que a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de nenhuma competência, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdicional”.

Aduz-se do exame do indigitado julgado que somente o Ministro Marco Aurélio julgou integralmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade. Os Ministros Ellen Gracie e Carlos Velloso julgaram parcialmente procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B (i.e., retiravam do CNJ todos os membros externos ao Poder Judiciário). O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, julgou procedente a ação em menor extensão, entendendo pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII (que prevê a presença de 2 (dois) cidadãos escolhidos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal).

A evolução da jurisprudência do STF a respeito dessa matéria demonstra o quão instável pode ser o posicionamento de nossa Corte Suprema, variando de acordo com fatores como o momento político vivido pelo país e a pressão popular.

O papel predominante do Excelso Pretório na definição das cláusulas pétreas torna-se ainda mais perigoso quando se percebe as mudanças do modo de atuação dos juízes nos tempos atuais. Andreas Krell demonstra bem essa ruptura nas funções clássicas dos juízes e a aproximação cada vez maior entre o Direito e a Política⁴³:

“A concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política. A questão hermenêutica dos Direitos Fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico).

Segundo os defensores do “judicial activism” nos EUA, o juiz deve assumir a nova missão de ser interventor e criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais, tornando-se responsável ‘pela conservação e promoção de interesses finalizados por objetivos sócio-econômicos’. Isto significa uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador e o convoca a ‘operar como agente de mudança social.’” (grifos no original)

Gustavo Just cita o poder de reformar a Constituição como um instrumento por intermédio do qual o Poder Legislativo pode contrabalançar o poder do STF de interpretar em definitivo as normas constitucionais. Ao Congresso

⁴³ KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 73-74.

Nacional é dado, por exemplo, editar uma emenda à Constituição para afastar uma interpretação atribuída à norma constitucional pelo Excelso Pretório. Nesse sentido, o autor afirma⁴⁴:

“Ademais, como dito acima, o poder reformador – no caso do Brasil inteiramente atribuído ao Congresso Nacional – tem sempre a possibilidade de afastar uma mutação considerada inconveniente, aprovando um novo texto frontalmente contrário ao sentido que tenha sido fixado, por exemplo, pelo tribunal constitucional.”

Contudo, as próprias emendas constitucionais poderão ser interpretadas como inconstitucionais pela Suprema Corte, e certamente o serão, caso se oponham frontalmente à jurisprudência consolidada do tribunal. De qualquer forma, esse raciocínio do referido autor não se aplica às cláusulas pétreas, inatingíveis que são pelas emendas constitucionais. Nessa hipótese, como se percebe, o Congresso Nacional nada poderá fazer contra o entendimento adotado pelo STF, que se torna, de fato, o intérprete final dessas normas que regerão nossa sociedade até o fim dos tempos – ou até o advento da próxima Carta Magna.

10. CONCLUSÃO

Por fim, faz-se mister a enumeração das conclusões atingidas no presente trabalho:

- 1) a maior razão para a inclusão de cláusulas pétreas nas constituições é o receio consciente ou inconsciente da ingerência do Poder Executivo nos outros Poderes. Por este motivo, as cláusulas de imutabilidade são mais comuns em países recém-egressos de ditaduras e que tentam se resguardar de uma volta ao passado recente por meio da proibição de mudança em certos pontos da Carta Magna;
- 2) a oportunidade de os indivíduos que não criaram a Lei Fundamental participarem democraticamente da definição dos

⁴⁴ COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Op. cit., p. 284.

rumos da sociedade se viabiliza por meio do poder reformador. Todavia, a possibilidade de mudança legislativa – por intermédio da iniciativa popular democrática e não revolucionária – fica impedida na hipótese das cláusulas pétreas, uma vez que apenas a Corte Constitucional poderá delimitar com força definitiva o conteúdo das mesmas;

3) 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 precedentes;

4) não merece guarida a teoria da dupla revisão. As normas constitucionais que prevêm as cláusulas pétreas funcionam como limite exterior e superior ao poder de revisão, não podendo ser por este afastadas;

5) há que se buscar uma solução para o paradoxo das cláusulas pétreas, pois, se é preciso conferir um mínimo de estabilidade às constituições, é igualmente necessário não aprisionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição. Nesse ponto, a revisão periódica, nos moldes propostos pelo professor Jorge Miranda, poderia constituir-se em meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático;

6) o papel predominante – praticamente um monopólio – do STF na delimitação do conteúdo e do alcance das cláusulas pétreas é preocupante. Esse concernimento é exacerbado quando se percebe que o Congresso Nacional, representante direto eleito pelo povo, no que diz respeito às cláusulas pétreas, não tem a faculdade de aprovar um novo texto contrário ao sentido que tenha sido fixado pelo STF.

Em síntese, fica a crítica final para reflexão: as cláusulas pétreas fazem com que o Supremo Tribunal Federal detenha o poder de determinar sozinho e com exclusividade o conteúdo da Constituição Federal, em uma seara em que o próprio Congresso Nacional, representante direto do povo, está impedido de atuar. Daí surge a conclusão de que, no que tange às cláusulas de imutabilidade, o Excelso Pretório vai prevalecer sobre o Poder Legislativo, impedindo o debate político em diversos temas e ocasionando um desbalanceamento no sistema de freios e contrapesos que rege a divisão de poderes em um Estado Democrático de Direito.

1.1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Márcio Iorio. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. **Revista Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília-DF, n. 7, p. 389-402.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-DF. Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 13 de abril de 2005. **Informativo do STF nº 383**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info383.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

BRASIL. **Atada Primeira Sessão Administrativa do Supremo Tribunal Federal do ano de 2004**, realizada em 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62183>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Cláusulas pétreas e direito adquirido**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ulbulos/petreasdiradq.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CERQUEIRA, Marcello. **Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia**. A Constituição – Controles e controle externo do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

COSTA E SILVA, Gustavo Just da. Permanência e transformação no direito constitucional brasileiro: algumas bases do problema. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 38, n. 150, p. 271-287, abr./jun. 2001.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cláusulas pétreas como garantias dos direitos fundamentais. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília-DF, a. XXXII, n. 74, p. 23-35, jan./jun. 2002.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DATENSCHUTZ UND RECHT. *Grundgesetz für Die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <<http://www.datenschutz-berlin.de/recht/de/gg/>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, n. 13, p. 5-10, out./dez. 1995.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Poder, Democracia y Configuración Constitucional**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/11/ard/ard3.htm#N*>. Acesso em: 15 dez. 2006.

GOMES NETO, Gercino Gerson. **A inimputabilidade penal como cláusula pétrea**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/inimputabilidade.doc>>. Acesso em: 10 dez. 2006.

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo: a estrutura temporal das constituições. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife-PE, n. 13, p. 111-165, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATTA, José Eduardo Nobre. A Emenda do Judiciário – “Quem garantirá as garantias?”. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro-RJ, v. 3, n. 10, p. 189-212, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia na experiência portuguesa. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Reforma Constitucional e as Cláusulas Pétreas. **Revista Think**, a. II, n. 6, p. 8-11, jan. 1999.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 42, n. 166, p. 79-93, abr./jun. 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 92, p. 40-46, mai. 2003.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. As cláusulas pétreas: as falsas e as verdadeiras. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília-DF, ano VII, n. 146, p. 7, fev. 2003.

QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. A interpretação constitucional como adaptação histórica do conteúdo normativo da Constituição frente às cláusulas pétreas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 13, n. 52, p. 182-196, jul./set. 2005.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O controle de constitucionalidade e o exercício do poder reformador no Brasil. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte-MG, n. 3, Del Rey, p. 351-371, jan./jun. 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição e Democracia: reflexões sobre permanência e mudança da decisão constitucional. **Revista da ESMape**, v. 10, n. 22, p. 117-135, jul./dez. 2005.

SANTOS, Murillo Giordan. Interpretações implícitas aos limites constitucionais expressos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 13, n. 50, p. 139-152, jan./mar. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte-MG, n. 1, Del Rey, p. 631-679, jan./jun. 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Revista Interesse Público**, n. 17, p. 56-74, 2003.

TERRA, Eugênio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea. **Jurisprudência Brasileira Criminal**, n. 46, p. 59- 81.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoria Constitucional**. Tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1975.