

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

VEDAÇÕES IMPLÍCITAS DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Thiago Augusto Faria

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

VEDAÇÕES IMPLÍCITAS DAS CLÁUSULA PÉTREAS

Thiago Augusto Faria

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Ms. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

VEDAÇÕES IMPLÍCITAS DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Marcelo Agamenon Goes de Souza

Orientador

Nome

Examinador

Nome

Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2017

AGRADECIMENTOS

A Deus,

Pela minha vida, saúde, discernimento e inteligência.

A meu pai, Santo Antônio Faria, cuja coragem, determinação, dedicação e honestidade, construíram o exemplo que procuro seguir em todos os dias de minha vida.

A minha mãe, Helena Fix Faria, a quem tudo devo, por sua renúncia, sacrifício e afeto, os quais jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade.

A minha irmã, Thaisa Fernanda Faria, a quem eu amo infinitamente, mesmo que eu mal demonstre, mas não consigo imaginar minha vida sem ela.

A minha Esposa, Taynná Becker Faria, por tudo o que significa em minha vida, alegrando-a, energizando-a, abençoando-a; Pela pureza, preciosidade, ternura, meiguice e amor. Por tanta força e positividade depositadas neste meu projeto de vida; com carinho, meu eterno agradecimento.

A minha filha, Clara Becker Faria, que chegou a tão pouco tempo em minha vida mas já sinto um amor imensurável, tornando-se a razão pelo qual busco tanta força para continuar nesta batalha árdua.

Ao Prof. Marcelo Agamenon Goes de Souza, pela partilha do conhecimento enriquecedor.

RESUMO

O presente trabalho analisa a existência de Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas, estabelecendo um campo de atuação, desde onde ela pode começar a ser considerada até onde vai a sua extensão. Ele apontará desde a origem das cláusulas pétreas, seu conceito, suas origens tanto históricas quanto no ordenamento brasileiro, até chegarmos a sua interferência no Poder Constituinte Reformador e no Poder Constituinte Originário. Para elucidar a compreensão da matéria, o texto trará explicações quanto ao Controle de Constitucionalidade, explicando os tipos de Constituições existentes quanto a sua estabilidade. Será abordado também as formas do Controle de Constitucionalidade impostas ao Poder Constituinte Derivado, sendo elas: Formal, Subjetivo, Objetivo e Material, detalhando inclusive o momento a se fazer o esse controle, seja pela via Preventiva ou Repressiva. Existirá um momento em que será detalhado o que seria as Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas, explanando sobre seu conceito, quais as vedações existentes segundo a doutrina majoritária e a discussão sobre a alteração do artigo 60, §4º da Constituição Federal. Por fim, será discutido as formas de Poder Constituinte, trazendo as características do Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado e as influencias que as Cláusulas Pétreas exercerão sobre eles.

Palavras-Chave: Cláusulas Pétreas. Poder Constituinte Originário. Poder Constituinte Derivado. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work analyzes the existence of Implicit Seals of the Immutable Clauses, establishing a field of action, from where it can begin to be considered as far as its extension. It will point out from the origin of the stony clauses, their concept, their origins both historical and in the Brazilian order, until we reach their interference in the Reforming Constituent Power and the Original Constituent Power. To elucidate the understanding of the subject, the text will explain the Constitutionality Control, explaining the types of existing Constitutions as to their stability. It will also be approached the forms of Control of Constitutionality imposed on the Derivative Constituent Power, being: Formal, Subjective, Objective and Material, detailing also the moment to do this control, either by the Preventive or Repressive. There will be a moment when it will be detailed what the Implicit Seals of the Immutable Clauses would be, explaining about its concept, the existing fences according to the majority doctrine and the discussion about the amendment of article 60, §4 of the Federal Constitution. Finally, the forms of Constituent Power will be discussed, bringing the characteristics of the Native Constituent Power and Derived Constituent Power and the influences that the Immutable Clauses will exercise on them.

Key-Words: Immutable clauses. Original Constituent Power. Derivative Constituent Power. Constitutionality Control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

Inc. – Inciso

LC – Lei Complementar

MP – Medida Provisória

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CLÁUSULAS PÉTREAS	11
2.1 Conceito	11
2.2 Origem Histórica das Cláusulas Pétreas	14
2.3 Histórico das Cláusulas Pétreas nas Constituições Brasileiras.....	15
2.4 As Cláusulas Pétreas na Constituição de 1988	16
2.4.1 A forma federativa	16
2.4.2 O voto direto, secreto, universal e periódico	18
2.4.3. A separação dos poderes	18
2.4.4 Os direitos e garantias individuais	19
3 COMO SE FAZ O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS.....	21
3.1 Introdução ao Controle de Constitucionalidade	21
3.2 Formas do Controle de Constitucionalidade	22
3.2.1.O controle preventivo.....	23
3.2.2 O controle repressivo	24
3.2.2.1 A via difusa	25
3.2.2.2 O controle concentrado	27
3.2.2.2.1 ADI - Ação direta de inconstitucionalidade	27
3.2.2.2.2 ADECON - Ação direta de constitucionalidade	29
3.2.2.2.3 ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	30
3.3 Vedações da Deliberação a Proposta de Emenda Constitucional (ART. 60, §4º, CF).....	32
4 O QUE SE ENTENDE POR VEDAÇÕES IMPLÍCITAS DAS CLÁUSULAS PÉTREAS.....	34
4.1 Conceito de Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas	34
4.2 Quais são as Vedações Implícitas que Existem para Proteger a Modificação das Cláusulas Pétreas	35

4.3 É possível a Alteração do Próprio Art. 60 da Constituição Federal?	36
5 INTRODUÇÃO AOS TIPOS DE PODER CONSTITUINTE	38
5.1 O Poder Constituinte Originário	40
5.2 O Poder Constituinte Derivado.....	44
5.3 Mutação Constitucional Como Forma de Controle Derivado	46
5.4 Imposição de Tratados Internacionais nos Tipos de Poder Constituinte	49
5.4.1 Limitações ao Poder Constituinte Originário	49
5.4.2 Limitações ao Poder Constituinte Derivado	51
6 CONCLUSÃO	52
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisou as Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas, porque, como se trata de uma criação doutrinária, é um instituto muito discutido no meio doutrinário atual. As Cláusulas Pétreas existem para assegurar a segurança jurídica da Constituição eliminando qualquer alteração que vise retirar ou reformar certas matérias inconstitucionais. Estas cláusulas garantem a irreformabilidade constitucional prevista pelo legislador. Atuam também na reforma constitucional, fixando limites ao conteúdo de mudança constitucional ou à substância, servindo como uma limitação real ao Poder Constituinte Derivado.

Acontece que embora exista essa limitação material expressa quanto a impossibilidade de alteração de algumas matérias, sendo essas as cláusulas pétreas, não há nenhuma proteção jurídica expressa quanto a alteração dos artigos que tratam sobre as matérias imodificáveis, é aqui que entra a importância das vedações implícitas, que é uma criação doutrinária para a proteção destas matérias.

A decisão de explorar esse assunto teve como fato gerador um conjunto de reflexões que se encadeiam. Esse instituto teve origem no começo do século XX, diante de atrocidades cometidas pelo Império Nazista de Adolf Hitler. Nesta época as constituições eram marcadas pela rigidez e tentando evitar isso, o legislador constituinte da Constituição de Weimar, criou uma constituição extremamente flexível, a qual favoreceu a expansão do império Nazista pela sua fragilidade.

Após a Segunda Guerra Mundial começaram a surgir rumores sobre a necessidade de se ter um limite ao Poder Reformador, foi ai que começaram a surgir fragmentos constitucionais que deveriam ser mais rígidos quanto a possibilidade de reforma.

A doutrina traz que esses “fragmentos” devem ser mais rígidos, pois não pode um governo, motivado por momentos de emoção, sucumbir aos anseios populares e criar inseguranças jurídicas por conta modificações constitucionais.

Destas constatações, emergem as seguintes indagações que a busca científica deste trabalho pretende responder: será que realmente existem as vedações implícitas as cláusulas pétreas e, mesmo assim, temos segurança jurídica em dizer que elas protegem os pilares constitucionais?

Este estudo caracteriza-se como uma pesquisa descritivo-exploratória, cujo principal objetivo consiste no aprofundamento do conhecimento do tema estudado.

No segundo capítulo será debatido sobre o Controle de Constitucionalidade, trazendo uma discussão quanto a estabilidade das Constituições, sendo elas Rígidas, Flexíveis ou Semirrígidas.

Chegaremos à conclusão de que a Constituição Federal Brasileira se encaixará na classificação de Constituição Rígida, pois o processo para alteração do texto constitucional é extremamente formal e complexo, justamente para evitarmos que os desejos sociais sejam alterados a qualquer tempo e por qualquer pessoa.

Será tratado todos os tipos de Controle de Constitucionalidade, desde o Preventivo, que é feito pelo próprio legislador durante o processo legislativo, pelo Poder Executivo através do poder de veto, mas que também poderá ser exercido excepcionalmente pelo Poder Judiciário quando provocado; como também o Controle de Constitucionalidade Repressivo, que será exercido somente pelo Poder Judiciário seja através da via difusa ou do controle concentrado.

No terceiro capítulo será discutido quais são as Vedações Implícitas, trazidas pela doutrina, existentes para proteger a modificação das Cláusulas Pétreas. Será trazida uma análise histórica e os pontos controvertidos que ela traz.

Veremos que existem os limites relacionados a manutenção dos direitos fundamentais, as matérias que o Poder Constituinte considerou imodificáveis, o limite implícito do titular do Poder Reformador e a proibição de alteração das diretrizes constitucionais.

Por fim, no quarto capítulo serão trazidos tipos de Poder Constituinte, tanto o Poder Constituinte Originário quanto o Poder Constituinte Derivado. Abordando suas características, peculiaridades e limites. Discutindo inclusive a influência que o instituto das Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas tem em cada um destes Poderes Constituintes.

2 CLÁUSULAS PÉTREAS

As Cláusulas Pétreas existem para assegurar a segurança jurídica da Constituição, eliminando qualquer alteração que vise retirar ou reformar certas matérias constitucionais. Estas cláusulas garantem a irreformabilidade, seja ela parcial ou total da Constituição, defendendo a estabilidade constitucional prevista pelo legislador. Atuam também na reforma constitucional, fixando limites ao conteúdo de uma mudança constitucional ou à substância, servindo como uma limitação real ao Poder Constituinte Derivado.

2.1 Conceito

Se formos analisarmos o adjetivo “Pétrea” teremos como sinônimo as palavras, resistente, perpétuo, eterno, logo percebe-se que o legislador atribuiu a característica de imodificável a determinadas matérias constitucionais. O Poder Reformador, por uma determinação taxativa do Poder Constituinte, não poderá se quer deliberar sobre determinados assuntos, tendo assim uma vedação, as Cláusulas Pétreas. Existindo assim bloqueios insuperáveis a emendas que tentem abolir: o voto secreto, direto, periódico e universal, bem como as garantias individuais e a separação dos poderes.

Podemos apontar repercussões positivas e negativas nas cláusulas pétreas. Positivas no sentido de que não serão modificadas por uma inteligível emenda Constitucional. Negativas na logicidade que não podemos impedir que modificações ou adaptações indispensáveis sejam feitas para adequar às vontades populares. Semelhantemente servem de proteção contra ideais transitórios, também impedem importantes decisões majoritárias.

Uadi Lammêgo Bulos as definem como (1997, p.36):

Preferimos denomina-las, sem exclusão de outros termos, de cláusulas de inamovibilidade, porquanto, perante a sua observância, o legislador reformador não poderá remover ou abolir, devido a uma determinação taxativa do constituinte, rol específico de matérias.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma com segurança que as cláusulas pétreas não têm “fundamento seguro, mesmo quando fruto do poder constituinte originário, pois este não goza de uma “qualidade” superior ao poder que goza a representação popular”.

Ele quis dizer que ao entendermos que as cláusulas pétreas são perpétuas, imutáveis, petrificadas, jamais elas poderão ser modificadas, logo, caso haja uma evolução social e um anseio para que estas matérias sejam mudadas, o Poder Constituinte anterior, sempre será superior ao Poder Reformador de um momento posterior. Isso soa com estranheza, afinal, se estivermos diante de uma Constituição que está em vigência a décadas e por uma evolução social surgir a necessidade de mudança de matérias petrificadas, não poderíamos sequer deliberar sobre elas?

A ideia principal do legislador constituinte é que devemos furtar-se da ruína da obra constitucional emanada do Poder Constituinte Derivado, estabelecendo limites impostos pelo Legislador Constituinte a toda matéria que seja alvo de Emenda Constitucional. Isso não quer dizer que tais matérias não possam ser estendidas, existindo apenas uma limitação restritiva ou extintiva.

Adotando a ideia de que as cláusulas pétreas contêm a característica de perpetuidade, estaremos aceitando que uma geração está sendo vinculada a outra, ou seja, as normas constitucionais imutáveis, que foram assim determinadas por uma geração, estariam se vinculando a uma geração futura, não permitindo que uma possível evolução social, acompanhada de evoluções normativas, sejam readequadas as necessidades daquela geração.

Encontramos as cláusulas pétreas no Art. 60, §4º. (e demais artigos correlatos à matéria) que dispõem:

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.

A doutrina é majoritária no sentido de que realmente existe uma limitação material ao Poder Reformador, mas também há autores que discordam da

imutabilidade de normas constitucionais, defendendo que, gerações futuras não podem ser, prejudicadas ou limitadas, por um Poder Constituinte Originário, por ideais que preponderavam em determinados momentos históricos. Como exemplo temos a reflexão de Joaquim José Gomes Canotilho (2001, p.1031):

O verdadeiro problema levantado pelos limites materiais do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram nos Writings de Thomas Jefferson: “uma geração de homens tem o direito de vincular outra?: A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma Constituição pode conter a vida ou para o vento com as mãos. Nenhuma lei Constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário.

Para André Ramos Tavares (2013, p.154):

A terminologia “cláusula pétreas” passou a ser de uso corrente na doutrina brasileira. Com ela pretende-se identificar o conjunto dos preceitos integrantes da Constituição que não podem ser objeto de emenda constitucional restritiva.

Adriano Sant’Ana Pedra define as cláusulas pétreas como (2005, pg.94):

As mudanças no texto constitucional por vezes esbarrarão nas cláusulas pétreas, que são limitações concernentes à matéria, e isso nos fará lembrar do poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade, eis que “no meio do caminho tinha uma pedra”, uma vez que tais obstáculos será intransponíveis ao poder reformador. A existência de limites ao poder reformador visa impedir modificações fundamentais, com a consagração de certas intangibilidades. Elas traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a sua destruição.

Sempre deve-se levar em consideração que um Estado é fundado em princípios e preceitos, que foram sendo conquistados ao longo dos anos pela população, assim, para a manutenção destes, se faz necessária a proibição de qualquer rotura a esses princípios e valores em que foram instituídos. Evidentemente que jamais podemos pensar na ideia de ampliação destas matérias.

2.2 Origem Histórica das Cláusulas Pétreas

Há indícios de que a matéria Cláusula Pétrea começou a ser utilizada desde 1789 na Constituição Norte-Americana, a qual era considerada uma constituição extremamente rígida e já contemplava algumas matérias intransponíveis.

A Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que era extremamente flexível, se mostrou frágil diante do império nazista de Adolf Hitler. Evidente que devido a sua forma de conduzir o Estado, nenhuma Constituição seria obstáculo para Hitler, porém ficou patente a vulnerabilidade da Constituição.

Com isso foi se percebendo que se houvesse uma constituição mais rígida ou ao menos parte dela, poderia enredar a ascensão do nazismo e talvez evitar as atrocidades praticadas por Hitler.

No início do século XX tinha-se a ideia de que as constituições deveriam ser abundantemente rígidas, porém geravam uma sensação de insegurança absurda.

Tentando evitar isso, o legislador Constituinte da Constituição de Weimar resolveu fazer o inverso, criando uma constituição extremamente flexível, justamente também para contrariar a constituição americana da época, a qual proporcionava diversas crises pela dificuldade de alteração das normas constitucionais.

Finda a Segunda Guerra Mundial, foi colocada em discussão a necessidade de determinadas matérias serem suprimidas da possibilidade de deliberação do Poder Reformador. Ou seja, criava-se uma proteção a determinadas matérias, ao invés de criar uma Constituição difícil de ser alterada.

Assim, em 1949 o constituinte alemão estabeleceu normas insuperáveis dando proteção a princípios e ideais básicos de um Estado de Direito. Surgiu então um novo modelo Constitucional, onde certas matérias estão “protegidas”, tituladas de “pétreas”, dificultando assim a modificação destas matérias, mas ao mesmo tempo, mantendo uma certa flexibilidade das demais matérias.

Há determinados momentos em que no calor da emoção, surjam movimentos tendentes a mudanças constitucionais, prevendo isso, o legislador ao instituir caráter imutável a determinadas matérias acaba por proteger o núcleo da Constituição. A exemplo da Alemanha, com o passar dos anos, grupos extremistas tentavam de qualquer forma reestabelecer o pensamento nazista, modificando a constituição, mas graças as normas pétreas, isso não foi possível.

2.3 Histórico das Cláusulas Pétreas nas Constituições Brasileiras

Em 1824, A Constituição Política do Império do Brasil, trazia que deveriam ser diferenciadas matérias consideradas constitucionais de matérias que não eram consideradas constitucionais. Em seu Art. 173, era trazido o que seria considerado constitucional, sendo as matérias que diziam a respeito dos limites e atribuições respectivas aos Direitos Individuais, Direitos Políticos e aos Poderes Políticos.

Sendo assim, todas as outras matérias não eram trazidas como constitucionais e tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado sem maiores formalidades.

No ano de 1889 surgiu a forma Republicana e em 1891 a Constituição já estabeleceu a restrição de alteração da forma republicana e federativa. Isso veio expresso no Art. 90, §4º: “Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade de representação dos Estados no Senado”. Mais uma vez se constatou tal restrição na Constituição de 1934 no Art. 178, §5º.

Essa limitação não foi observada na Constituição de 1937, ou seja, não haviam limitações materiais em tal Constituição. Porém na Constituição de 1946 persistiu a mesma norma que vedava projetos tendentes a abolir a Federação ou a República.

Em 1964 tivemos o Golpe Militar e três anos mais tarde tivemos uma nova Constituição Outorgada, que no seu art. 50, §I, contemplava a defesa da

Federação e a República como forma de Governo, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”.

Por fim a chamada “Constituição Cidadã” em 1988, além de suas matérias esparsas de proibição de supressão, aumentou essa proibição aos seus direitos fundamentais de voto secreto, direto, universal e periódico, além da separação dos poderes.

2.4 As Cláusulas Pétreas na Constituição de 1988

Temos explicitamente na Constituição de 1988 um rol taxativo de matérias que se quer podem ser deliberadas. Dizemos que essas matérias são taxativas pois a doutrina é bem clara ao dizer que elas não admitem interpretação que permita estendê-las a outras matérias. Essas matérias estão elencadas no Art. 60, §4º, CF.

Busca-se com essas cláusulas pétreas uma estabilidade as instituições constitucionais, como se fossem basilares a estrutura Constitucional. Sendo estes pilares constitucionais a forma federativa, o voto direto, secreto e universal, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Passemos a analisar de forma separada cada uma destas matérias basilares.

2.4.1 A forma federativa

Por Federalismo entendemos que é um sistema político onde os estados, províncias ou grupos se unem formando uma organização mais ampla como por exemplo um Estado Central, porém mantendo a sua autonomia.

Luiz Alberto David Araujo, nos traz um conceito bem esclarecedor sobre o que seria a forma federativa (2013, pg. 326):

O Estado Federal nasce do vínculo de partes autônomas, de vontades parciais. Com essa associação de partes autônomas nascem simultaneamente uma entidade central, corporificadora do vínculo federativo, e diversas entidades representativas das vontades parcelares. Todas essas entidades são dotadas de autonomia e possuem o mesmo patamar hierárquico no bojo da Federação.

O grande exemplo de sucesso como Federação são os Estados Unidos da América, onde os estados possuem autonomia sobre inúmeros conteúdos, como por exemplo, elaboração de leis, diretrizes públicas, instituição de impostos, mas são unidos por um Estado Central.

Então essa união entre as coletividades autônomas (Estados Federados) é que consiste a Federação.

A defesa constitucional que é feita no tocante a Forma Federativa do país está positivada no Art. 60, §4º, I, da nossa constituição, que assim dispõe:

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;

Percebe-se que o constituinte nada falou sobre a forma Republicana, mas a doutrina traz explicações quanto a impossibilidade de revogação da República, em especial Wolgran Junqueira Ferreira (1989, Pg. 588):

A forma republicana garante a efetividade e, portanto, a temporariedade dos mandatos e, a federação a existência de vários Estados que, unidos indissolúvelmente, dão a forma de Estado. República é governo. Federação, forma de Estado. A Constituição de 1988 não faz menção expressa quanto à vedação de emendas tendentes a abolir a forma republicana, como sempre as Constituições anteriores faziam. Mas, pode-se então apresentar emendas tendentes a abolir a República e ela ser substituída pela Monarquia? Entendemos que não. Isto, em virtude do Inciso II proibir a abolição do voto direto, secreto, universal e periódico. Assim sendo, mesmo não estando expressa a forma republicana ela é resguardada pelo inciso II deste parágrafo.

Portanto, fica evidente a impossibilidade de alteração dos dois núcleos, seja a Federação e a Forma Republicana, não podendo ser se quer objeto de deliberação a proposta tendente a aboli-las. Destarte obviamente nada impede que

os laços entre Estados Federados sejam aumentados ou diminuídos de acordo com a proposta de emenda.

2.4.2 O voto direto, secreto, universal e periódico

Por muitos anos o povo brasileiro buscou direitos na esfera política. Uma das maiores conquistas foi o direito ao voto, nada mais justo então “proteger” esse direito de uma forma mais contundente. Para isso foi determinado como cláusula pétrea esse direito no Art. 60, §4º, II da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

Por voto direto podemos entender onde todos os interessados votam e cada voto possui o mesmo “peso” na hora da apuração. Voto secreto nada mais é do que o direito ao sigilo da votação, onde cada pessoa terá o direito de votar sem que nada interfira na sua decisão. Voto universal quer dizer que o voto poderá ser concedido a todos os indivíduos considerados intelectualmente maduros, sem distinção de etnia, sexo, crença ou classe social. Por fim, Voto Periódico nada mais é do que o voto que se processa com uma base regular definida em lei.

2.4.3 A separação dos poderes

A Constituição de 1988 traz quais são os poderes da União em seu Art. 2º:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

E no Art. 60, §4º, III, a vedação de alteração destes poderes:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
III – a separação dos Poderes;

O objetivo desta separação de poderes nada mais é do que a busca pela eficiência do Estado. Sendo eles independentes e harmônicos entre si, temos a segurança de que há uma divisão de competência e atribuições a cada um, mas ao mesmo tempo há uma vigilância de um para com o outro.

Esta forma harmônica é tão importante que vale a observação de José Afonso da Silva (1993, pg 349):

O princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação dos poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Teve objetivações positivas e nas Constituições das ex-colônias inglesas da América, concretizando-se em definitivo na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é.

Esses atributos de serem independentes e harmônicos entre si não são absolutos, pois existe um sistema de freios e contrapesos, que busca um equilíbrio entre esses poderes, resultando em um bem a coletividade.

2.4.4 Os direitos e garantias individuais

O Art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”:

Este artigo consagra um importante princípio basilar de nosso sistema político, que é o Princípio da Isonomia, onde todos serão tratados de forma igual, independentemente de raça, cor, credo, religião, sexo, etc.

Esses direitos e garantias individuais também estão balizadas no Princípio da legalidade, onde os administradores não podem exigir qualquer coisa sem que esta esteja prevista em lei.

A vedação a modificação destes direitos está positivada no Art. 60, §4º, IV:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

Logo, percebemos a preocupação do legislador em proteger os direitos e garantias individuais presentes em nossa constituição.

3 COMO SE FAZ O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

3.1 Introdução ao Controle de Constitucionalidade

Antes de adentrar ao tema controle de constitucionalidade, se faz necessário entender os tipos de constituição que podemos ter quanto a sua estabilidade, ou seja, ao falarmos de estabilidade, estamos falando da possibilidade de alteração das normas constitucionais.

Majoritariamente falando a doutrina classifica, no tocante a estabilidade, as Constituições em Rígidas, Flexíveis e Semirrígidas.

A constituição é classificada como rígida quando é necessário um processo legislativo especial, ou seja, existirá um processo legislativo mais solene, longo e com diversas exigências formais especiais. Muito mais complexo do que o processo de formação de leis especiais ou complementares. Existindo aqui uma hierarquia entre a Constituição e as normas infraconstitucionais.

A intenção da Constituição Rígida é resguardar a integridade dela mesma. Como ela foi promulgada de acordo com os anseios sociais daquela época, modificá-la também teria que estar de acordo com as necessidades sociais.

Por outro lado, a Constituição será considerada Flexível quando ela tiver um processo legislativo igual ao de elaboração das leis ordinárias. Portanto, possui um processo legislativo igual ao de modificação das leis infraconstitucionais. Não existindo assim uma hierarquia entre a Constituição e as normas infraconstitucionais.

Por fim, uma Constituição é classificada como Semirrígida quando existem os dois tipos de modificação legislativa, sendo um mais simples para as matérias que exigem um processo ordinário e um processo mais complexo para as normas constitucionais.

A nossa Constituição Federal se encaixa perfeitamente na classificação de rígida, pois o processo para alteração do texto constitucional é extremamente

formal e complexo, justamente para evitarmos que os desejos sociais sejam alterados a qualquer tempo e por qualquer pessoa.

Por este motivo foi criado o Controle de Constitucionalidade dos atos normativos, onde primeiramente barreiras são instituídas para se evitar a introdução de normas inconstitucionais no ordenamento e em um segundo momento, caso essas barreiras não funcionem, estará armada a segunda etapa do controle, onde a norma deverá ser declarada inconstitucional pela via judicial.

3.2 Formas do Controle de Constitucionalidade

As formas do controle de constitucionalidade nada mais são do que as limitações impostas ao Poder Constituinte Derivado, que se dividem em:

- a) **Formal:** neste tipo de controle as normas ferem o formalismo, a ritualística a qual elas devem ser submetidas, dividindo-se em:
 - i) **Subjetivo:** aqui analisa-se a competência para apresentação do projeto de lei de acordo com a matéria.
 - ii) **Objetivo:** já aqui não é observado o formalismo pelo qual o projeto de lei deveria ter sido submetido. Ex: aprovar por maioria simples, normas que deveriam ter sido aprovadas pela maioria absoluta.
- b) **Material:** neste tipo de controle a matéria contraria o texto Constitucional. Ex: Tentativa de aprovação de lei que regulamente a pena de morte.

Importante mencionar também que a doutrina tem separado em duas formas o controle de constitucionalidade, classificando-o como Via de Ação e Omissão.

Na Via de Ação a norma já adentrou ao ordenamento jurídico, neste caso, resta apenas retirá-la. Já na Via Omissiva ela é caracterizada pelo não fazer por parte do legislador, sendo que há uma ordem na Constituição para que tal norma seja criada. Ex: Art. 8, §3º, ADCT:

Art. 8º § 3º ADCT – Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

Apenas neste dispositivo temos uma omissão legislativa de 25 anos, sendo que o prazo dado pelo legislador constituinte foi de doze meses após a promulgação da Constituição.

São previstos dois momentos para realizar o controle, sendo eles o Preventivo ou Prévio e o Repressivo ou Preventivo.

3.2.1 O controle preventivo

O Controle Preventivo ou Prévio, por ele recair sobre Projetos de Lei, será considerado em regra político, ocorrendo antes ou durante o processo legislativo.

Antes que um projeto de lei seja começado, cabe ao próprio legislador analisar a sua compatibilidade com a Constituição. Passada a fase legislativa, o projeto será submetido as Comissões Legislativas, em especial a Comissão de Constituição e Justiça, que tem o propósito de verificar a compatibilidade do projeto de lei com a Constituição Federal.

O único problema é que o parecer da Comissão de Constituição e Justiça é apenas opinativo, não tendo o condão de ser terminativo.

A última fase do processo legislativo se dá através do Presidente da República que poderá sancionar o projeto de lei ou vetá-lo, sendo esta, a última oportunidade, por meio do controle preventivo, de impedir que uma norma inconstitucional adentre o ordenamento jurídico. Se mesmo assim, a norma adentrar o ordenamento jurídico, só poderemos combater-la através do Controle Repressivo.

Não obstante, O Supremo Tribunal Federal, tem entendido que o Poder Judiciário poderá intervir ainda durante as fases que o projeto de lei tem que superar antes de adentrar o ordenamento jurídico, quanto a vedação estiver expressa na

própria Constituição Federal, como é o caso das Cláusulas Pétreas, que são encontradas no Art. 60, §4º, CF. Nestes casos em específico, se quer é permitido a deliberação sobre os assuntos tratados no referido artigo.

Quem está legitimado a entrar com uma ação que vise barrar um projeto de lei são os próprios parlamentares, mas não qualquer parlamentar, devendo ser o parlamentar da casa onde está tramitando o projeto, assim, não pode um Deputado Federal entrar com uma ação contra um projeto que está tramitando na Câmara de um determinado município.

O presidente da casa é que receberá a proposta da ação, devendo ele analisar se deve ser colocado em pauta a discussão sobre a constitucionalidade da matéria tratada no projeto de lei.

A jurisprudência tem entendido que o parlamentar deva impetrar um Mandado de Segurança contra o Presidente da Câmara, inclusive com pedido de liminar para que a tramitação do processo seja suspensa, com o intuito de que se houver um interesse do presidente da câmara em aprovar a lei, ele não o possa fazer.

3.2.2 O controle repressivo

Se no Controle Prévio temos o poder Legislativo, o Executivo e excepcionalmente o Judiciário fazendo o controle de constitucionalidade, no Controle Repressivo essa função só será executada pelo Poder Judiciário.

Uma vez estando a norma dentro do ordenamento jurídico, caberá ao Poder Judiciário exercer o Controle Repressivo. Esse controle poderá ser exercido por duas vias: uma chamada de difusa, indireta, de exceção ou de defesa, que consiste na declaração de uma norma inconstitucional dentro de um processo judicial comum. A segunda é chamada de concentrada, direta, controle abstrato ou de ação, cujo único propósito é a declaração da norma inconstitucional.

3.2.2.1 A via difusa

Este tipo de controle de constitucionalidade acontecerá sempre no caso concreto, onde o prejudicado, buscará a declaração da norma inconstitucional para o seu caso em específico. Neste caso, os efeitos da decisão operarão apenas entre as partes.

É conhecida como via de defesa porque o interessado está se defendendo dos efeitos da norma sobre ele. O foro competente para discussão da medida é o ordinário. Portanto, qualquer juiz poderá declarar a norma inconstitucional.

A discussão sobre a declaração de inconstitucionalidade da norma, através da via difusa, pode chegar até o Supremo Tribunal Federal de duas formas: Controle por Via Recursal, ou seja, diversos recursos fazem com que a matéria chegue até a suprema corte; ou sendo o Juízo Originário de uma Ação, ou seja, o processo inicia e termina no próprio Supremo.

Aqui nesse sistema, a matéria constitucional não é a principal, ou seja, qualquer outra matéria é a principal, sendo a constitucionalidade de uma norma a matéria secundária ou prejudicial. Assim, se não resolvermos o problema da matéria acessória, não conseguiremos resolver acerca da matéria principal.

A questão prejudicial poderá ser arguida pelas duas partes no processo, ou seja, tanto pelo réu quanto pelo autor. Em resumo, na maioria dos casos a questão prejudicial é arguida pelo réu, mas nada impede que ela também seja arguida pelo autor, cabendo ao magistrado resolvê-la antes de resolver a lide principal.

Os efeitos da decisão do juiz podem ser vistos sob dois véis: o primeiro quanto as pessoas, onde a decisão do magistrado só afetará as partes; mas também pode ser visto quanto a extensão, onde eles poderão ser considerados *Ex Tunc* ou *Ex Nunc*. Quando o efeito é *Ex Tunc*, tudo será anulado pois os efeitos da decisão atingirão a norma desde o momento em que ela entrou em vigor.

Já se a decisão possuir o efeito *Ex Nunc*, ela não retroagirá, ou seja os efeitos da norma será mantido até o momento em que ela foi declarada inconstitucional.

Com o passar dos anos uma crítica que a doutrina fez foi a de que os efeitos das decisões só atingiam as partes, não estabelecendo precedentes na jurisprudência, o que poderia ser diferente, pois se fossem criados precedentes, muitas ações poderiam ser resolvidas muito mais rápido.

Ex: um imposto que foi criado de forma incorreta, caso uma pessoa entrasse com uma ação e esse imposto fosse declarado inconstitucional, essa decisão não poderia ser aproveitada por outras pessoas, devendo estas também ingressar com ações para terem o mesmo benefício.

Para acabar com essa crítica doutrinária a suprema corte criou a chamada Objetivação do Controle Concentrado no Controle Difuso, onde os efeitos de suas decisões serão estendidos do controle difuso. Não havendo mais a necessidade de diversos recursos chegarem até o Supremo para que ele decidisse várias vezes a mesma matéria. Assim, o efeito seria vinculante para todos os magistrados do Brasil.

A objetivação do Controle Concentrado no Controle Difuso surge através da Jurisprudência e é positivada com a criação de Súmulas Vinculantes

Após a norma ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, essa decisão deverá ser remetida ao Senado Federal, conforme está positivado no Art. 52, X, CF, para que esse, por meio de resolução, possa suspender a aplicabilidade da norma. Assim feito, a suspensão da norma valerá para qualquer pessoa e não apenas entre as partes daquele processo.

Art. 52, CF – Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Podemos concluir que a norma continuará existindo, porém, perderá seus efeitos ou seja a sua aplicabilidade e não a sua eficácia.

3.2.2.2 O controle concentrado

Uma das principais características do Controle Concentrado é o ataque direto ao dispositivo legal, discutindo sua legalidade em casos hipotéticos não necessariamente em casos concretos. Diferentemente do controle difuso o qual a matéria constitucional é secundária, no controle concentrado a matéria constitucional é principal e única. Outra diferença importante é que no controle difuso qualquer juiz poderá decidir acerca da matéria ser constitucional ou não, já na via concentrada há a necessidade de um Órgão Específico para análise das matérias.

Por fim, no controle difuso qualquer pessoa poderá entrar com uma ação e alegar a inconstitucionalidade de uma norma, enquanto no controle concentrado há um rol específico na Constituição Federal legitimando quem poderá entrar com uma ação para declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

Existe três formas de se exercer o Controle Concentrado de Constitucionalidade, sendo através da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade ou pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Podemos dizer que a Ação Direta de Inconstitucionalidade é marcada pela objetividade, diferentemente das outras ações que buscam pretensões subjetivas de quem ajuíza ou contesta a ação. A Ação Direta de Inconstitucionalidade busca apenas um objetivo, que é a defesa da Constituição.

3.2.2.2.1 ADI - Ação direta de inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem um propósito básico, que é a o pronunciamento de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo. Porém, o mesmo instrumento pode ser usado para a chamada Inconstitucionalidade Por Omissão, além de viabilizar a declaração de Inconstitucionalidade pela Via Interventiva.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica não é marcada pela subjetividade comum as demais ações, mas sim de um objetivo que é a defesa da Constituição. Isso demonstra o porquê a chamamos de um processo objetivo.

Essa característica se dá através da própria razão de ser da ADI, que não analisa relações jurídicas em concreto, mas o conflito entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Assim sendo, podemos afirmar que o controle concentrado tem a finalidade de declarar nulidade da lei violadora da Constituição.

A Constituição traz expressamente os legitimados para essa ação em seu Art. 103, I a IX;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
 I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Embora haja uma limitação para quem possa ingressar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda haviam muitas ações sendo propostas. Com o intuito de diminuir o número de ações, o Supremo Tribunal Federal dividiu os legitimados em duas categorias: Legitimados Genéricos e Legitimados Temáticos. Só para deixar claro, essa divisão não está positivada, sendo apenas uma decisão jurisprudencial do Supremo.

São legitimados Genéricos: O Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, OAB e os Partidos Políticos com Representante no Congresso Nacional.

São Legitimados Específicos: Mesa das Assembleias Legislativas, Governadores de Estado e Entidades de Classe ou Confederações Sindicais de Âmbito Nacional.

Os efeitos da decisão do Controle Concentrado é dividido pela doutrina em: Quanto as Pessoas e Quanto a Extensão. Quanto as pessoas os efeitos da decisão serão *erga omnes*, ou seja, todos estarão vinculados, seja os Órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. No tocante a extensão a regra é que o efeito seja *Ex Tunc*, ou seja, retroagindo a entrada em vigor da norma. Porém essa extensão deve ser bem analisada, pois essa característica pode trazer grandes problemas a todo o ordenamento jurídico ou prejuízos financeiros para diversas partes.

Para que isso não ocorra, o Supremo Tribunal Federal criou o chamado Efeito Modulador da Decisão no Controle Concentrado, o qual determina que após considerar que a norma é inconstitucional, se 2/3 dos seus membros entenderem que os efeitos prejudicarão um determinado número de pessoas ou a coletividade, eles poderão dar o efeito que entenderem a sentença, podendo ser *Ex Tunc*, *Ex Nunc* ou determinar um efeito futuro.

3.2.2.2.2 ADECON – Ação direta de constitucionalidade

Uma das mais importantes características de uma norma constitucional é que ela já é previsivelmente constitucional ou ao menos relativamente constitucional, então porque haveria a necessidade de se entrar com uma ação para declarar a norma constitucional?

Outra dúvida sustentada pela doutrina é de que quando se entra com uma ADI, quem a promove está indo contra uma lei ou ato normativo, então, qual seria a razão de se entrar com uma ADECON, sendo que não se tem um objeto definido e não lide instaurada?

O Supremo Tribunal Federal foi provocado através de uma ADI contra a ADECON e se justificou dizendo que não há falta de objetividade da ação, pois toda norma que adentra o ordenamento jurídico é previsivelmente ou relativamente constitucional e a razão de ser da ADECON é declarar que a norma é absolutamente

constitucional, impedindo assim que alguém entre com uma ADI, pelo resultado da ADECON possuir efeito erga omnes e vinculante.

Os legitimados para se entrar com uma ADECON são os mesmos para se entrar com uma ADI.

A competência para julgar uma ADECON é apenas do Supremo Tribunal Federal, chamado assim pela doutrina de Controle Concentradíssimo.

É imprescindível que haja decisões controvertidas quanto a interpretação da norma nas instâncias ou tribunais inferiores, ou seja, para se entrar com uma ADECON é necessário aguardar que comecem a ter decisões divergentes na jurisprudência, para que o Supremo se manifeste, decidindo se tal norma é constitucional ou não.

Deve-se atentar que também poderá ocorrer a aplicação da Modulação do Efeito da ADECON, assim, se uma norma for declarada constitucional, não haverá objeto para o que se modular, tendo a decisão efeito *Ex Tunc*. Agora se a norma for declarada inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá modular seus efeitos, pelos riscos quanto a segurança jurídica ou se houver um grande interesse social.

3.2.2.2.3 ADPF - Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A ADPF tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais, ou seja, é uma forma de Controle de Constitucionalidade relacionada a Direitos Fundamentais.

Quem entra com uma ADPF busca a declaração de que está havendo a violação de Direitos Fundamentais, impedindo assim que uma norma continue no ordenamento jurídico por violar Direitos Fundamentais.

Em relação as características dessa ação, ela se assemelha muito a ADIN, sendo legitimado para propor a ADPF os elencados no Art. 103 da Constituição Federal. Os efeitos também se dividem em relação as pessoas, onde os efeitos serão *erga omnes* e em relação a extensão, sendo em regra o efeito é *Ex Tunc*, mas poderá ser aplicado o efeito modulante.

Possui caráter concentradíssimo, visto que, somente o STF possui competência originária para julgá-la.

Art. 1º, Lei 9.882/99 – A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

O artigo acima normaliza que a ADPF é concentradíssima além de trazer os objetivos dela, que são o de prevenir ou de reparar lesão a preceito fundamental. Assim sendo, temos duas espécies de ADPF, sendo uma a ADPF Preventiva e a outra a ADPF Repressiva.

Aqui temos uma diferença importante da ADPF em relação a ADI e a ADECON, pois na espécie ADPF Preventiva não precisamos esperar que a norma entre no ordenamento jurídico para atacarmos a lei, podendo ser atacado o projeto de lei enquanto estiver em tramitação.

Outra diferença importante é que a ADPF poderá ser ajuizada contra Ato do Poder Público, ou seja, qualquer obrigação que seja imposta ao cidadão por qualquer ocupante de cargo administrativo público.

Para se ingressar com uma ADPF Repressiva devemos ter controvérsias judiciais, enquanto na ADPF preventiva, como ainda não temos a lei, não há como termos controvérsias judiciais. Conforme positivado no artigo abaixo:

Art. 3º, Lei 9.882/99 – A petição inicial deverá conter: [...] V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Um caso interessante sobre a ADPF se dá quando ela visa combater uma lei municipal que é contrária a Constituição Federal. Neste caso não é possível usar uma ADI (Art. 102, I, alínea a da Constituição), deve-se entrar com uma ADPF, visando assegurar a integridade da Constituição.

3.3 Vedações da Deliberação a Proposta de Emenda Constitucional (Art. 60, §4º, CF)

Nosso poder constituinte escolheu algumas matérias como fundamentais e extremamente importantes para a permanência do Estado. Para isso, ele criou limitações ao poder reformador, tanto limitações materiais, como limitações formais. E dentro das limitações materiais temos as limitações materiais expressas e as limitações materiais implícitas.

Um dos casos mais clássicos que temos em nossa doutrina é a legalização da pena de morte, isso não será possível, pois a Constituição Federal traz expressamente que não haverá pena de morte, temos aqui um exemplo de limitação material expressa.

O artigo mais claro de limitação material expressa que temos em nossa Constituição Federal está positivada no Art. 60, §4º, CF:

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.

Aqui podemos observar claramente que o legislador teve a intenção de proteger expressamente algumas matérias que ele considerou como pilares de nossa constituição.

As cláusulas pétreas protegem a Constituição Federal de qualquer deliberação que vise fulminar: à forma federativa do Estado, o voto direito, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais.

A única observação que deve ser feita é que essa proteção não é absoluta, na verdade o que não se pode é tentar abolir ou diminuir as matérias contidas no referido artigo, porém elas poderão tranquilamente ser aumentadas.

Assim concluímos que não será possível a alteração para diminuição das matérias tratadas no referido parágrafo, uma vez que, se tratam de cláusulas pétreas, com uma limitação material expressa.

4. O QUE SE ENTENDE POR VEDAÇÕES IMPLÍCITAS DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

4.1 Conceito de Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas

A doutrina vem debatendo há anos se existe apenas o limite material expresso ou se podemos considerar que existe algum outro tipo de limite. A doutrina majoritária traz que existe ao lado do limite material expresso o chamado limite material implícito.

Pois, de que adiantaria um determinado artigo trazer uma limitação material a uma determinada matéria, sendo que o próprio artigo poderia ser “atacado” e retirado do ordenamento jurídico, levando consigo a matéria que ele deveria proteger?

Segundo Karl Loewenstein, vedações implícitas das Cláusulas Pétreas seria (1976, p. 189):

Ao tratar das disposições intangíveis de uma Constituição, que têm a finalidade de livrar determinadas normas constitucionais de qualquer modificação, distingi duas situações. Por um lado, existem medidas para proteger instituições constitucionais concretas – intangibilidade articulada. Por outro, há aquelas que servem para garantir determinados valores fundamentais da Constituição que não devem estar necessariamente expressos em dispositivos ou em instituições concretas, sendo implícitos, imanes ou inerentes à Constituição. No primeiro caso, determinadas normas constitucionais se subtraem de qualquer emenda por meio de uma proibição jurídico-constitucional, e, no segundo caso, a proibição de reforma se produz a partir do “espírito” ou *telos* da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional.

Assim, podemos concluir que as Vedações Implícitas das Cláusulas Pétreas são as medidas que servem para garantir valores fundamentais da Constituição, que não precisam estar expressos nos dispositivos, mas são peculiares à Constituição.

4.2 Quais são as Vedações Implícitas que Existem para Impedir a Modificação das Cláusulas Pétreas

Para entendermos essa limitação material implícita, faz-se necessária um estudo histórico dos pontos controvertidos que ela traz.

Essa limitação começou a ser discutida por um constitucionalista americano chamado Joseph Story, para ele a Constituição não poderia ser aniquilada por qualquer procedimento que ela previa, porém unicamente por força de uma revolução.

Percebemos que ele não se baseou nos princípios previstos na Constituição americana, mas sim, em princípios implícitos ao poder de reforma.

Outro constitucionalista que defendeu o tema foi o também americano Thomas Cooley, que inclusive aumentou o posicionamento doutrinário de Joseph Story.

Para ele o Poder Constituinte Derivado teria autonomia para alteração de normas constitucionais, mas não da essência, dos pilares constitucionais, que representavam a própria fonte do Poder Constituinte Originário.

Nelson de Sousa Sampaio, traz que as normas que estão implicitamente fora do alcance de reforma, classifica essa pela qual compactuo, sendo classificadas da seguinte forma: as que dizem respeito aos direitos fundamentais, as concernentes ao titular do poder constituinte, as relativas ao titular do poder reformador e as referentes ao processo da própria emenda ou revisão constitucional.

O primeiro limite implícito está relacionado com a manutenção dos direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais são conquistas que o homem vem adquirindo ao longo dos anos, como por exemplo noções de dignidade, liberdade e igualdade humana. Logo esses princípios não poderiam ser suprimidos, devendo ser no máximo ampliados. Havendo aqui uma limitação material implícita.

Em um segundo momento, não poderia um Poder Reformador vir e suprimir as regras estabelecidas pelo Poder Constituinte, que é o povo. Logo, não poderia o Poder Reformador, que foi criado pelo Poder Constituinte, vir e modificar as

matérias que o Poder Constituinte considerou imodificáveis, mesmo não havendo nenhuma proibição expressa nesse sentido.

O terceiro limite implícito diz respeito do titular do Poder Reformador, que também não pode ser alterado por revisão constitucional.

Por fim, aponta a proibição das regras que trazem as diretrizes para a alteração constitucional, argumentando que:

Não é possível conceber que a autoridade reformadora, como poder constituído que é, possa alterar as condições estabelecidas para o exercício de sua competência. Assim como o legislador ordinário não pode simplificar as normas que a constituição prescreve para a elaboração legislativa, não pode o reformador simplificar o processo previsto pelo constituinte para a tramitação de uma reforma constitucional.

Conclui-se então que as vedações implícitas que existem para proteger a modificação das cláusulas pétreas são:

- a) As que dizem respeito aos Direitos Fundamentais;
- b) As concernentes ao titular do poder constituinte;
- c) As relativas ao titular do Poder Reformador;
- d) As referentes ao processo da própria emenda ou revisão constitucional.

4.3 É Possível a Alteração do Próprio Art. 60 da Constituição Federal?

Fazendo uma análise das limitações materiais expressas contidas na Constituição Federal, não encontramos nenhum dispositivo que traga uma limitação quanto a modificação do Art. 60 da Constituição Federal. Para isso a doutrina traz a explicação que devem existir limitações materiais implícitas, que acabam servindo como uma proteção para as limitações expressas.

Podemos concluir que os limites materiais implícitos devem ser aplicados ao poder de reforma. Independentemente de não haverem limites expressos na Constituição Federal, por eles se referirem a segurança jurídica, não pode o Poder

Reformador se revestir do poder concedido ao Poder Constituinte e alterar tais dispositivos.

5. INTRODUÇÃO AOS TIPOS DE PODER CONSTITUINTE

A ideia do que é poder constituinte, vem do direito francês. Começou com o francês de nome Emmanuel Sieyès, o abade de Chartres, quando ele escreveu um manifesto denominado: “O que é o terceiro Estado?”. Nesse escorço, ele sustentou que a formação da sociedade política poderia ser dividida em três estágios distintos: O primeiro, seria criado pela existência de indivíduos isolados, que somente pela vontade de desejarem reunir-se, é que deveria ser atribuído os direitos de uma nação.

O segundo, seria criado por indivíduos que se reuniram para deliberarem sobre assuntos de interesse comum, peculiarizado por uma espécie de democracia direta; Por fim, o terceiro, onde a deliberação das questões interessantes seria delegada a representantes, escolhidos dentre os membros dessa sociedade.

Neste manifesto ele tende a demonstrar que dentro do Estado francês existia na verdade 3 Estados.

O 1º Estado seria o Estado do Império, ou seja, do Imperador, formado pela minoria absoluta, principalmente por membros da monarquia. Logo abaixo ao 1º Estado, encontrávamos o 2º Estado, formado por pessoas de posse, que tinham uma ligação direta com a Monarquia, sendo também uma minoria. O 3º Estado era o povo, ou seja, a imensa maioria, sendo a casta menos observada.

O manifesto demonstra um Estado paralelo dentro do próprio Estado, onde o governante não governa para o povo, mas somente para ele próprio.

Naquele momento o povo vivia em prol do governante, quando justamente deveria ser o contrário, pois tudo deveria ser em prol do povo. Surge então a teoria de que o Estado deveria se preocupar com o povo, por isso o povo é quem deveria criar e alterar as regras do Estado. E a partir disso é que saem duas espécies de poder constituinte:

- 1) Poder Constituinte Originário também chamado de Primário, e
- 2) Poder Constituinte Derivado também chamado de Secundário.

Sieyès posicionou a Constituição como documento criador do Estado e consequentemente ponto inaugural do sistema jurídico. Desta maneira, o poder que cria a Constituição não deveria encontrar limites de qualquer espécie, a não ser, os do direito natural. Acabou estabelecendo uma divisão linear entre o Poder Constituinte, que seria o que cria a Constituição e o Poder Constituído, que são os órgãos e funções criados pela Constituição. Sendo o Poder Constituído restrito e condicionado.

Então ao analisarmos o referido manifesto, estes dois poderes deveriam estar na mão do povo. Nosso sistema constitucional adota esse modelo, elencado explicitamente no Art. 1º, Parágrafo Único da Constituição Federal.

Art. 1º, Parágrafo Único, CF - Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O manifesto na verdade era um aviso para a Monarquia e como eles não perceberam, houve a Revolução Francesa, derrubando os 1º e o 2º Estados, que insistiam em não governar em prol do 3º Estado, acreditando que na verdade era o 3º Estado que deveria servir os 1º e 2º Estados.

O Poder Constituinte Originário possui a função de criar a Constituição, ao passo que o Poder Constituinte Derivado serve para alterá-la. Lembrando sempre que o titular do Poder Constituinte é o povo e quem o exerce é o Parlamento, eleitos especificamente para isso.

Como ensina Moraes (2006, p21), o “poder constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”, ou seja, a manifestação do poder constituinte deve ser exercida por meio de seu titular, que é o povo.

Encontramos outro conceito de Poder Constituinte na obra de Michel Temer (2005, p.29), “[...] a manifestação soberana da vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social”. Assim, para o autor, o nascimento de um Estado se dá através do nascimento do seu núcleo social, ou seja, uma sociedade.

No Brasil, o Poder Constituinte Originário, depende do Poder Constituinte Derivado, pois é necessário a previsão da formação da Assembleia Constituinte dentro do texto constitucional já existente. Assim sendo, o Poder Constituinte Originário prevê o Poder Constituinte Derivado e este é que tem o poder de criar uma emenda que discipline a formação de uma nova Assembleia Constituinte.

5.1 O Poder Constituinte Originário

Por Poder Constituinte Originário podemos entender como o poder que edita uma nova Constituição, substituindo a Constituição anterior ou dando organização a um novo Estado. Isto sublinha que ele dá origem à organização jurídica fundamental.

Preleciona Ferreira Filho (2008, p.22) que:

Poder Constituinte é que estabelece a organização jurídica fundamental, é que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, ao modo de aquisição e exercício do governo, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, bem como as referentes às bases do ordenamento econômico e social.

Basicamente esse Poder possui três características, segundo a doutrina: Poder Soberano, Inicial e Ilimitado.

Por Poder Soberano podemos entender como um Poder Autônomo, isso significa que não há nenhum poder acima do Poder Constituinte Originário, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário. Destarte, que o Poder Constituinte pode atribuir novos direitos para os Poderes, como também extingui-los.

E isso não prejudica a segurança jurídica, pois se foi necessária uma nova regra de estrutura estatal, significa que as regras que valiam para o Estado anterior não estavam a contento para manter o Estado Organizado e Estruturado e por isso fez-se necessário um novo Estado com uma nova Constituição.

A característica de Poder Inicial, significa que o Poder Constituinte Originário inicia um novo Estado, sendo este, com suas características de Soberania, Território e Povo. Sendo inicial pode-se criar regras do jeito que o constituinte bem

entender. Ou seja, uma nova ordem jurídica é inaugurada, revogando a Constituição anterior e os dispositivos infraconstitucionais anteriormente produzidos e incompatíveis com ela.

Já a característica de Poder Ilimitado nos remete a ideia de que não há limites para aquilo que o legislador constituinte possa alterar e não há limites para aquilo que ele possa restringir, portanto o legislador vai até onde é necessário para reestruturar o Estado. Mas é nesse ponto que começaram a surgir problemas na doutrina.

Essa ilimitabilidade é plena e absoluta ou ela é relativa? Para chegarmos a uma conclusão precisamos analisar levando em consideração que estamos em um Estado Democrático de Direito, em que o povo vem de conquistas históricas de direitos. Pensando nisso, este Poder é tão ilimitado ao ponto de fazer desaparecer direitos fundamentais? Poderia o legislador originário, impor regras que piorasse a condição do seu representado, ou seja, o povo?

Eis que surgiram dois posicionamentos sobre o tema, sendo um proveniente dos Positivistas e outro dos Jus Naturalistas.

Para os positivistas o Poder Constituinte Originário é: ilimitado, ou seja, não existe qualquer tipo de limitação, seja ela formal ou material; incondicionado, ou seja, não está sujeito a qualquer tipo de condição para ser implementado; soberano, ou seja, não há qualquer tipo de norma que seja superior a ela, sendo a constituição a mais alta norma que vigorará para aquela sociedade.

O Estado fica sendo considerado tão soberano, que não é respeitado qualquer tipo de norma, sendo ela de direito natural ou até de direitos reconhecidos internacionalmente, como por exemplo o Pacto de San José da Costa Rica, que traz a Convenção de Direito Humanos, onde são tratados os direitos humanos, não levando em conta direitos que os Estados impõem, mas sim direitos essenciais da pessoa humana.

A tese positivista pode ser considerada injusta, pois ao adotarmos, não estamos levando em conta os direitos adquiridos pela população ao longo dos anos, podendo o constituinte ter a liberdade que desejar para criar as leis, inclusive, restringindo direitos fundamentais, o que seria um retrocesso para a comunidade.

Poderíamos trazer à tona direitos que foram adquiridos com muito sacrifício ao longo dos anos, como por exemplo, ser implantado a pena de morte, a tortura, os tribunais de exceção, ou seja, qualquer violação aos direitos e garantias individuais.

Assim, para a corrente positivista, não podemos causar nenhum embaraço para o poder constituinte e ele poderá fazer o que bem entender, implantar a lei que quiser, mesmo que seja necessário limitar direitos fundamentais.

Já para a corrente Jus Naturalista, o Poder Constituinte Originário é ilimitado, porém não é absoluto, sendo ele condicionado a não desrespeitar os direitos naturais ou fundamentais. Tendo o legislador que levar em conta os direitos que foram conquistados ao longo dos anos pela população e mantendo-os ao elaborar uma nova Constituição.

Eles consideram que existe um direito superior à lei, tendo o poder constituinte que respeitá-las a ponto de as normas que forem contrárias a essa “lei supra-legal” poder vir a ser consideradas inconstitucionais. Não podendo assim haver um retrocesso normativo.

Quando há a criação de uma nova Constituição, devemos avaliar alguns pontos interessantes, como por exemplo:

a) **Direito Adquirido:** quando se cria uma nova constituição, embora não haja qualquer subordinação a ordem jurídica anterior, parte da doutrina majoritária entende que o Poder Constituinte Originário deve manter uma certa relação com os direitos que regiam aquela sociedade. Porém, é evidente que se formará um novo ordenamento jurídico e por consequência direitos decorrentes dele.

É inegável que com a criação da nova ordem jurídica, haverá o rompimento com o ordenamento jurídico anterior, conseqüentemente, direitos decorrentes da antiga ordem jurídica deixarão de existir. Logo, não existirão mais os direitos decorrentes do antigo ordenamento jurídico.

b) Recepção: a criação de uma nova constituição significa que a base de legitimidade de todo o ordenamento jurídico foi alterada. Isso não quer dizer que houve a revogação automática de todas as normas infraconstitucionais.

Desta maneira, poderemos atribuir um novo significado a acontecimentos (as normas) através da mudança de sua visão de mundo, ou seja, uma lei poderá ser mantida no ordenamento jurídico, desde que sua norma não afronte a nova constituição.

O fenômeno da Recepção se dá com o confronto das normas constitucionais com as normas infraconstitucionais, sendo que as normas que contrariarem a nova constituição serão retiradas, por outro lado, as normas que não colidirem com a nova constituição serão mantidas, ou seja, serão Recepcionadas.

Como características do fenômeno da recepção, podemos citar quanto a questão material, ou seja, o nosso ordenamento jurídico só analisará a matéria tratada na lei, não analisando o seu sentido formal, como por exemplo, qual a forma utilizada para criação da lei.

Podemos citar também que a recepção é um fenômeno tácito, não tendo que trazer expressamente os dispositivos que serão mantidos no ordenamento jurídico.

c) Desconstitucionalização: fenômeno da desconstitucionalização se dá quando as normas da constituição anterior são recepcionadas pelo novo ordenamento jurídico, porém há um rebaixamento destas normas, sendo elas consideradas a partir de então como normas ordinárias.

Em via de regra não há desconstitucionalização no Brasil, devendo esse fenômeno ser expressamente trazido na nova Constituição. Sendo assim, se não for trazido expressamente, a constituição anterior deixará de existir como um todo.

Resumidamente a desconstitucionalização seria o rebaixamento do texto constitucional anterior para lei ordinária, desde que trazido expressamente pela nova Constituição.

d) Repristinção: é o fenômeno pelo qual uma lei revogada retorna ao ordenamento jurídico, pois a norma que a revogava foi revogada, ou

seja, houve a restauração da lei revogada. Há de se ressaltar que a repristinação não é admitida em nosso ordenamento jurídico, assim, a lei revogada não poderá ser considerada restaurada simplesmente pelo fato de a lei revogadora ter perdido a vigência, sendo seus efeitos considerados nulos.

5.2 O Poder Constituinte Derivado

Contíguo ao Poder Constituinte Originário, temos o chamado Poder Constituinte Reformador, Secundário ou Derivado. Com a criação de uma nova constituição imagina-se que elas serão eternas e ao mesmo tempo mutáveis, assim, conforme a sociedade evolua, para que não seja preciso a cada evolução social ser criada uma nova constituição é que há a autorização para a modificação do conteúdo normativo da constituição, desde que não haja uma alteração substancial, mas sim uma alteração necessária aos reclames sociais.

Isso evita que todas as vezes que tenhamos algum problema jurídico relevante, ele seja sanado apenas com uma modificação normativa em algum dispositivo, não tendo assim que alterar todo o ordenamento jurídico vigente.

Podemos assim, destacar as seguintes características ao Poder Constituinte Derivado:

- a) Limitação: as leis constitucionais poderão ser modificadas desde que haja um respeito quanto aos limites e parâmetros estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Um exemplo a essa limitação seria as cláusulas pétreas, que encontram-se positivadas no §4º do Art. 60 da CF. Nesse parágrafo há a expressão “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”, ou seja, a constituição traz expressamente que não é possível se quer discutir proposta de emenda que vise abolir os direitos que são assegurados nos incisos de I a IV do respectivo parágrafo.

Nota-se aqui que o legislador foi muito claro quanto a limitação que existe sobre essas determinadas matérias, não admitindo se quer a

deliberação sobre determinados assuntos. Mesmo assim, se houver qualquer tipo de desrespeito a essa vedação, tais normas serão consideradas inconstitucionais.

b) Condicionante: existe um rito que deve ser seguido para a modificação do texto constitucional. Se estas formalidades não forem seguidas, a Constituição não poderá ser alterada.

Percebe-se que a grande dificuldade está em se atingir o quórum no que se refere a iniciativa (Art. 60, I, II e III, CF) à lei ordinária (Art. 60, §2º, CF), a qual deverá ser realizada em dois turnos.

Além dos limites explícitos acima anunciados, há alguns implícitos. Que por decorrência do sistema, não serão admitidas algumas mudanças constitucionais, apesar de não estarem previstas de forma clara.

A atual Constituição traz em seu Art. 60, o processo previsto para a alteração do texto constitucional, assim, se o modificássemos, estaríamos mudando a vontade do Poder Constituinte Originário, de tal maneira que a competência reformadora seria exercida de forma diferente da determinada pelo Poder Inicial. Da mesma forma, se alterássemos o rol de matérias imutáveis previsto no §4º, sem falar dos princípios constitucionais, que são intocáveis por via de emenda.

Em que pese a ausência de indicação expressa, todos esses dispositivos não podem ser alterados, são as chamadas Vedações Implícitas.

O Poder Constitucional Derivado se subdivide em duas subespécies, sendo o Poder Derivado Reformador, que se refere ao poder para alterar a Constituição já existente e o Poder Derivado Decorrente, que diz respeito ao poder que cada Estado-membro possui para elaborar sua Constituição.

Podemos dividir o Poder Constituinte Derivado Reformador em: Revisor, no qual a revisão constitucional deverá ser feita nos moldes do Art. 3º da ADCT “*A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contatos da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso nacional, em sessão unicameral*”.

Ou seja, a revisão constitucional deverá ser feita apenas uma vez, pelo menos após 5 anos a promulgação, em sessão unicameral (as duas Casas conjuntamente), pelo quórum de maioria absoluta;

Reformador propriamente dito, já no que se refere à emenda constitucional, é o único instrumento possível hoje, de se alterar formalmente o texto constitucional, já que foi consumada a possibilidade de revisão constitucional. Fala-se em única possibilidade formal, pois a mutação constitucional é justamente uma possibilidade de modificação informal da Constituição.

Quanto ao Poder Derivado Decorrente, trata-se do poder que foi dado aos Estados Federados para que eles pudessem criar suas próprias constituições. As constituições Estaduais, deverão respeitar os preceitos da Constituição Federal.

No Poder Decorrente observaremos as regras ou normas simétricas, que são os dispositivos previstos na Constituição Federal que podem ser transcritos para a Constituição Estadual, além das normas ou regras assimétricas, que são os dispositivos previstos na Constituição Federal que não podem ser transcritos para as Constituições Estaduais, pois podem trazer problemas para a própria segurança do país.

5.3 Mutação Constitucional Como Forma de Controle Derivado

Mutação Constitucional é o ato jurídico pelo qual o poder judiciário usando ativismo/positivismo judicial e levando em consideração a mudança da mentalidade da sociedade, bem como analisando o negativismo do legislador (legislativo omissor), altera a interpretação de um dispositivo constitucional sem alterar gramaticalmente (literalmente) o dispositivo. Admite-se a chamada mutação constitucional informal, por meio da qual, pela via hermenêutica, modifica-se o conteúdo constitucional sem que se proceda a sua alteração formal.

É a atuação do Poder Judiciário frente às mudanças de foco da sociedade que não estão sendo acompanhadas pelo legislador, que, portanto, está sendo omissor.

Sobre essa matéria colaciono o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos ao dizer que [...]o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas”.

Essa mutação se dá pois a norma jurídica é o produto da interpretação que se faz em determinada época. Conforme a evolução social, as palavras constantes nas normas, podem alterar o seu sentido, sobretudo com os avanços na sistematização jurídica, quando será possível uma releitura, fazendo-se uma nova interpretação da norma, sem alteração do texto constitucional.

A mutação constitucional informal é associada ao poder constituinte difuso porque trata-se de uma alteração da constituição feita pela via interpretativa, que inclusive pode ser feita por todos, pois faz parte de um dos postulados do direito constitucional moderno que é a democratização da interpretação constitucional. Por isso, tratar-se-ia de poder constituinte difuso, embora não seja tecnicamente a melhor interpretação.

Essa nova perspectiva decorre da sociedade democrática, pluralista e aberta na qual estamos inseridos. Se por um lado a mutação constitucional seria uma externalização do poder constituinte, embora não haja uma alteração formal do texto, acaba sendo informalmente alterada pela via hermenêutica.

Por outro lado, trata-se de um poder difuso, pois embora a interpretação do judiciário tenha um peso mais significativo sobre a ordem jurídica, todos são interpretes da Constituição e estão legitimados para proceder à sua interpretação, não apenas os órgãos do Poder Judiciário, como também os demais poderes públicos, além dos múltiplos atores presentes na sociedade civil, que em seus debates travados na esfera pública participam da tarefa de atribuir e dar sentido as normas constitucionais.

Para se entender melhor o assunto, observemos a mutação constitucional dada ao artigo 226, §3º, §4º e §5º da Constituição Federal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Então se fossemos fazer uma interpretação literal do §3º do Art. 226 elencados acima, teríamos uma proteção exclusivamente as relações de união estável entre um homem e uma mulher, mas atualmente sabemos que o Estado reconhece a união estável entre duas mulheres ou entre dois homens, não há no entanto, nenhuma lei facilitando o casamento homoafetivo, isso somente tornou-se possível, pois o STF analisando a evolução da sociedade aliada a omissão legislativa, passou a interpretar o dispositivo com relação as relações homoafetivas também.

Com relação ao §4º, levando em conta o entendimento literal de quando a Constituição foi promulgada em 1988, tínhamos como entidade familiar o casal heterossexual com ou sem descendentes, ou ainda por qualquer um dos dois e seus descendentes.

Modernamente, temos o reconhecimento como entidade familiar, até mesmo irmãos que por algum motivo não vivem com os pais, mas vivem juntos entre uma série de outras variações possíveis, como um dos avós e seus netos. O dispositivo não foi mudado em sequer uma virgula, mudando apenas seu entendimento.

O §5º, mesmo que ele fosse suprimido e não existisse, o homem não teria mais direitos do que a mulher no que tange a sociedade conjugal, pois há um princípio constitucional, previsto no inciso I do Art. 5º da CF, que normatiza que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Mas uma vez existindo tal parágrafo, o entendimento do STF é que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente por qualquer membro do casal, e não literalmente pelo homem ou pela mulher, pois pode ser um casal de homens ou um casal de mulheres.

Assim, podemos dizer que o fenômeno em que os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas denomina-se mutação constitucional. Consiste, pois, no processo informal de mudança da Constituição, onde são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à sua letra, quer através da

interpretação, nas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, e ainda, por força dos usos e costumes constitucionais.

5.4 Imposição de Tratados Internacionais nos Tipos de Poder Constituinte

Até o presente momento fora apresentado um panorama sobre o poder constituinte e suas espécies, dando destaque ao poder constituinte e derivado.

A doutrina majoritária defende a ideia de que o poder originário tem entre suas características a ilimitabilidade. Porém, há necessidade de se analisar de forma mais aprofundada tal característica atribuída a ambas as formas de poder constituinte

5.4.1 Limitações ao Poder Constituinte Originário

Sob a influência do direito positivista, o pensamento da doutrina majoritária é que o poder originário possui a característica de ilimitabilidade. Se ainda fossemos considerar as lições iniciais de Seyèrs, veríamos que o poder constituinte originário estaria subordinado ao Direito Natural, porém esse pensamento não mais influência significativamente o pensamento jurídico moderno, tendo mais uma importância histórica, representando uma corrente minoritária. Porém, não é de se aceitar a imposição juspositivista do poder constituinte originário ser absoluto.

Inicialmente por uma questão política, pelo fato do poder constituinte originário derivar da soberania popular, caso algum representante elabore uma nova Constituição contrária aos anseios dos subordinados, não há que falar em exercício do poder constituinte originário por excelência.

Portanto, defende-se a possibilidade de se afirmar que o Poder Constituinte Originário não é ilimitado, possuindo limites, no mínimo, em um ângulo político.

Haveria então a possibilidade de haver alguma limitação ao Poder Constituinte Originário com base em tratados internacionais?

Alguns constitucionalistas defendem que é ilimitado e incondicionado apenas no âmbito do ordenamento pátrio, porque, no plano externo, não estaria legitimado a violar regras mínimas de convivência com outros Estados soberanos, estabelecidas no Direito Internacional. O direito internacional funcionaria como uma limitação ao Poder Constituinte Originário, visto que seria inaceitável a elaboração de uma constituição que contivesse normas contrárias às regras internacionais de proteção aos direitos humanos.

Com a criação do processo de internacionalização dos direitos humanos criou-se uma relativização do princípio da soberania nacional, que antes era vista como absoluta. Essa relativização, resultou na garantia dos Estados aos indivíduos que estes gozariam de proteção aos diversos direitos previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

O sistema de proteção internacional de direitos humanos passou a conceder ao indivíduo o caráter de sujeito internacional, possuindo direitos e obrigações de natureza internacional.

Esses trajetos históricos remetem muitos autores a afirmarem, que através do processo de internacionalização dos direitos humanos e com a consequente entrada do Brasil ao sistema de proteção internacional aos direitos humanos, fez com que os tratados internacionais de direitos humanos fossem atribuídos o status de direito supralegal.

Destarte, em razão da posição do Brasil em razão da proteção internacional de direitos humanos transforma os direitos humanos e até o direito internacional de direitos humanos não apenas como uma questão jurídica, mas também política.

Assim, não pode o poder constituinte, ao elaborar o documento que institucionalizará “o domínio dos homens sobre os homens” afastar-se dos direitos da pessoa humana.

Conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos são limitações materiais ao poder constituinte originário.

5.4.2 Limitações ao Poder Constituinte Derivado

No poder constituinte derivado, assim como no poder constituinte originário, não há uma aceitação pacífica quanto aos tratados internacionais de direitos humanos como limitador material.

Parte da doutrina defende que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos deveriam ser tratados como cláusula pétrea, através da interpretação do Art. 5º, §2º da Carta Magna, onde são tratados os direitos e garantias expressos na Constituição e não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais.

Mas esse não é o pensamento atualmente predominante, em especial na jurisprudência, uma vez que tal discussão, se os Tratados Internacionais de Direitos Humanos vistos como cláusulas pétreas, está ligada a discussão do status dos Tratados dentro do ordenamento jurídico. Sendo os Tratados Internacionais de Direitos Humanos equivalentes a emenda constitucional caso sujeitos ao §3º do Art. 5º da CF, e, caso não sujeitos a essa norma, adquirem o status supralegal.

Porém, o melhor posicionamento deve ser visto como aquele atribuindo aos Tratados de Direitos Humanos como equivalentes à emendas constitucionais, e por consequente, vistos também como cláusulas pétreas.

Adotando o pensamento moderno de que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de status constitucional e seu conteúdo englobam o conceito de princípios constitucionais, logo, devem ser respeitados pelo poder constituinte derivado, em respeito ao Estado Democrático de Direito, ou seja, a obrigatoriedade de respeito a mais em um Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

Podemos definir as Cláusula Pétreas como sendo o conjunto de imposições complementares da Constituição Federal que não podem ser objeto de lei que vise a restrição das matérias trazidas em determinados dispositivos, garantindo assim a irreformabilidade, seja ela parcial ou total da Constituição, mantendo assim sua estabilidade.

Esses limites foram criados pelo legislador constituinte para assegurar que determinados preceitos fossem intransponíveis ao Poder Reformador, mantendo assim, a integridade da Constituição, impedindo que inesperadas modificações provoquem a sua destruição.

Essas cláusulas nos trazem opiniões positivas e negativas. Positivas no sentido de que elas manterão a vontade do legislador constituinte, garantindo direitos e princípios consagrados na Lei Maior. Por outro lado, traz opiniões negativas, no tocante ao cerceamento da evolução social, pois estaremos privando gerações futuras de modificar o texto constitucional de acordo com as necessidades atuais.

A ideia principal do legislador constituinte é que devemos evitar que mudanças constitucionais feitas pelo Poder Reformador arruinem sua obra constitucional, mas isso não quer dizer que tais matérias não possam ser aumentadas, na verdade, elas não poderão apenas ser suprimidas.

O que soa com estranheza é que o Poder Constituinte sempre será superior ao Poder Reformador, assim, se estivermos diante de uma evolução social e isso nos trazer a necessidade de alterarmos as normas constitucionais, mesmo assim isso não será possível, pois as cláusulas pétreas gozam da característica de imutabilidade.

Ao considerarmos as cláusulas pétreas como perpétuas estaremos vinculando uma geração a outra, ou seja, considerando que temos normas constitucionais imutáveis definidas por uma geração, estas deverão ser mantidas para as demais gerações, mesmo que tragam algum prejuízo a elas.

O instituto das cláusulas pétreas veio em uma crescente mundial ao longo dos anos. Há indícios de que esse instituto começou a ser usado pelos norte-

americanos desde a constituição de 1789 e posteriormente pelos alemães após o período nazista, pois eles tinham uma Constituição totalmente flexível e para evitarem que o “sistema nazista” voltasse, criaram a imutabilidade de determinadas normas visando dar proteção a princípios e ideais básicos de um Estado de Direito.

No Brasil não foi diferente, pois desde 1824, quando o Brasil ainda era Império, já havia a discussão de matérias que poderiam ser consideradas constitucionais ou não, onde só poderiam ser alteradas as matérias que não eram consideradas constitucionais.

Essas matérias consideradas insuperáveis sempre vieram acompanhando as conquistas sociais e fortalecendo-as no ordenamento jurídico, de forma que, conforme o tempo fosse passando e direitos fossem sendo adquiridos, a maneira que eles encontraram para garantir essas conquistas, foi petrificá-las no ordenamento, transformando-as em cláusulas pétreas.

A Constituição Federal de 1988 traz expressamente no Art. 60, §4º, as matérias que deverão ser consideradas como cláusulas pétreas, sendo elas: A Forma Federativa, O Voto Direto, Secreto, Universal e Periódico, A Separação dos Poderes e os Direitos e Garantias Individuais.

Embora tenhamos em nosso ordenamento jurídico matérias que trazem expressamente a impossibilidade de deliberação, devemos entender, que também existem matérias que possuem uma limitação implícita, no tocante a sua modificação.

A doutrina majoritária entende que ao lado do limite material exposto exista o chamado limite material implícito. Que, por exemplo, pode servir como uma proteção a norma que traz expressamente a proibição de reforma de determinadas matérias, como também para proteger valores fundamentais da Constituição que não estão expressos em dispositivos ou em instituições concretas.

Assim, o Poder Reformador teria autonomia apenas das normas constitucionais, mas não da essência, dos pilares constitucionais, que representam a fonte do Poder Reformador. A doutrina traz algumas normas que estão implicitamente fora do alcance da reforma, sendo elas:

- a) As que dizem respeito aos direitos fundamentais: pois os direitos fundamentais são conquistas que a coletividade vem adquirindo ao

longo dos anos, logo, esses princípios não poderiam ser suprimidos, mas sim, aumentados.

b) As concernentes ao Titular do Poder Constituinte: esse limite traz a ideia de que não poderia o Poder Reformador vir e Modificar as matérias que foram consideradas imodificáveis pelo Poder Constituinte, uma vez que este representa o Povo, logo, não poderia o Poder Reformador contrariar as normas estabelecidas pelo Povo.

c) As Relativas ao Titular do Poder Reformador: onde o titular do Poder Reformador não poderia ser alterado por uma revisão constitucional.

d) As Referentes ao Processo da Própria Emenda ou Revisão Constitucional: não podendo assim o Poder Reformador simplificar as regras trazidas pelo Poder Constituinte no tocante as regras para a tramitação de uma reforma constitucional.

Podemos concluir então que não seria possível a reforma ou extinção do próprio Art. 60 da Constituição Federal, uma vez que, mesmo que não exista nenhuma limitação material expressa, existe sim uma limitação material implícita, que visa proteger os direitos fundamentais adquiridos ao longo de anos e a segurança jurídica trazida pelo legislador constituinte.

Quanto aos tipos de Poder Constituinte foi trazido que eles podem ser classificados como Poder Constituinte Originário (Primário) ou Poder Constituinte Derivado (Secundário). O Poder Constituinte Originário possui a função de criar a Constituição, ao passo que o Poder Constituinte Derivado serve para alterá-la.

O Poder Constituinte Originário é aquele que edita uma nova Constituição, substituindo a anterior ou dando organização a um novo Estado. Possuindo as características de Soberano, Inicial e Ilimitado. O que mais nos interessa nestas características é quanto a ilimitabilidade do Poder Constituinte Originário, pois, até que ponto ele seria soberano? Ele seria tão soberano a ponto de fazer desaparecer direitos fundamentais?

Se entendermos que essa ilimitabilidade é plena e absoluta, como desejam os positivistas, não haverá qualquer limitação ao Poder Constituinte Originário, sendo ela Formal ou Material, desta forma, a nova Constituição será a mais

alta norma que prevalecerá em determinado povo, não subsistindo qualquer norma, sendo ela proveniente de direito natural ou de direitos reconhecidos internacionalmente.

Já a corrente Jus Naturalista entende que o Poder Constituinte Originário é ilimitado, porém não é absoluto, sendo ele condicionado a não desprezar os direitos naturais ou fundamentais. Com isso o legislador tem que levar em conta os direitos que foram conquistados ao longo dos tempos por aquela sociedade e não modifica-los ao criar uma nova Constituição.

O Poder Constituinte Derivado, Reformador ou Secundário, é aquele autorizado a modificar o conteúdo normativo da Constituição, desde que não haja uma modificação substancial, mas que seja feita uma modificação que satisfaça as necessidades sociais. Assim, todas as vezes que tivermos um problema jurídico relevante, caberá ao Poder Reformador, sanar esse problema modificando apenas um dispositivo e não o ordenamento inteiro.

Aqui neste poder também temos uma importante atuação das cláusulas pétreas, seja tanto das matérias expressas como das matérias implícitas.

Um tema importante que deve ser levado em conta é quanto a imposição de Tratados Internacionais nos Tipos de Poder Constituinte, que se dará tanto no Poder Constituinte Originário, quanto no Poder Constituinte Reformador.

O que diz respeito ao Poder Constituinte Originário, a doutrina majoritária defende que ele não é soberano. Ele só seria ilimitado em relação ao ordenamento pátrio, porque, no plano externo, não estaria legitimado a violar regras mínimas de convivência com os outros Estados soberanos, estabelecidas no Direito Internacional. Pois seria inaceitável a elaboração de uma constituição que contivesse normas contrárias às regras internacionais de proteção aos direitos humanos.

Quanto ao Poder Constituinte Derivado existe um conflito acerca da concordância dos tratados internacionais de direitos humanos como limitador material. Onde parte da doutrina defende que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos deveriam ser tratados como cláusulas pétreas. Enquanto a doutrina contrária a tal pensamento tutela que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos só seriam vistos como cláusulas pétreas se adentrassem ao ordenamento jurídico equivalentes

a Emenda Constitucional, se assim não o fossem, adquiririam o status de supralegalidade.

Por fim, conclui-se que as cláusulas pétreas, sejam elas expressas ou implícitas devem ser respeitadas por todos os tipos de Poder Constituinte, seja ele o Originário ou o Reformador. Quanto ao Poder Constituinte Originário, este deve respeitar tanto as normas de Direito Natural, quanto as normas trazidas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, tanto por serem direitos que foram adquiridos com o passar do tempo e se tratarem de normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Já em relação ao Poder Constituinte Reformador, este deve respeitar tanto as cláusulas pétreas expressas quanto as implícitas. As expressas por trazerem êxitos sociais adquiridos ao longo dos anos e as implícitas por representarem os valores fundamentais da Constituição que dão segurança jurídica ao ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direitos constitucional** / Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Junior – 17. Ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Dez anos de Constituição: em torno das cláusulas de inamovibilidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n.217, p119, jul-set 1999.

_____, **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva 1997, p.36.

CANOTILHO, José Joaquim de Almeida. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2001, p.1.031.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ed. São Paulo: Saraiva, 2008

_____, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. volume 1, 1989, p. 588

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ed. Saraiva, 2011

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constituicion**. Trad. Alfredo Gallergo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p.189.

MALISKA, Marcos Augusto. **Há limites materiais ao poder constituinte?** In: *Revista da faculdade de Direito da UFPR*. v.3. 2.001. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/index>>. Acesso em: 26 de mar. de 2.016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **A Constituição Viva: Poder Constituinte permanente e cláusulas Pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas**. São Paulo: Notadez, 2003.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de reforma constitucional**. 3. ed. Ver. Atual. Por Uadi Lammêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994, p. 95-108.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. Ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19ed. São Paulo: Malheiros, 2005