
REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

73/74

JANEIRO/DEZEMBRO 2011

O cerne infrangível da Constituição: limitação material do poder de alteração constitucional

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹

I. Introdução

1. O paradoxo

A existência, numa Constituição, de limites materiais postos como infrangíveis para o próprio poder constituinte derivado suscita complexas indagações de ordem político-jurídica.² Político-jurídica, sim, porque é praticamente impossível separar em relação a tudo o que concerne ao poder constituinte esses dois aspectos. De fato, o poder constituinte, poder intrinsecamente político, gera a Constituição, base do ordenamento jurídico positivo.³

Tal limitação constitui um paradoxo, pois “cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes, mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores”, aponta John Elster, citado por Canotilho.⁴ É o que o Mestre de Coimbra registra como o “paradoxo da democracia”:

1 Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1957) e doutorado em Direito pela Universidade de Paris (1959). Professor titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualmente é Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. (currículo *lattes*)

2 Na linguagem brasileira, tais limites são habitualmente designados como “cláusulas pétreas” mesmo nos trabalhos científicos.

3 V. sobre todo este assunto meu livro *O Poder Constituinte*, Saraiva, São Paulo, 5ª ed., 2007.

4 J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 1998, p. 1285.

“Como ‘pode’ um poder estabelecer limites às gerações futuras? Como pode uma Constituição colocar-nos perante um dilema contramaioritário ao dificultar deliberadamente a ‘vontade das gerações futuras’ na mudança das suas leis? Revelar-se-á, assim, o constitucionalismo de uma antidemocraticidade básica impondo à soberania do povo ‘cadeias para o futuro’?”⁵

Contraria esse paradoxo o princípio afirmado eloquentemente pela Declaração jacobina dos Direitos do Homem, de 1793, no art. 28: “Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras.”

Deriva deste paradoxo o primeiro problema a ser (brevemente) examinado. Qual justificativa legítima essa limitação?

2. O cerne fixo da Constituição

Para identificá-la, há que se lembrar o ensinamento de Carl Schmitt. Para este, a Constituição no seu conceito positivo é “decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política”.⁶ Assim, ao editar a Constituição o poder constituinte decide sobre a conformação do Estado, fixa o núcleo essencial desta. Ou seja, define o que Pontes de Miranda designa como o **cerne fixo** da Constituição. Este cerne fixo é, em princípio, infrangível, dele decorrendo naturalmente limitações ao poder de mudança constitucional. Esta somente poderia advir de nova manifestação do poder constituinte sob pena de ocorrer uma fraude à Constituição.

3. O pressuposto: a diferenciação entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado

Este posicionamento tem um pressuposto. É esta a diferença substantiva entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Tal diferença não faz dúvida para a doutrina tradicional. Segundo esta, o poder originário é poder extraordinário que emana do povo com a finalidade de estabelecer a Lei Magna. Sieyès, ao

⁵ Ob. cit., p. 68.

⁶ *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Ed. Nacional, México, s/ data, p. 23 e s.

formular a doutrina no *Qu'est-ce que le Tiers État?*, é claríssimo ao afirmar que o poder constituinte há de ser exercido por representantes extraordinários.

Nessa visão, o poder constituinte – originário – é uma força emitida pela nação, em geral depois de uma revolução, que não pode ser confundida com a atividade desenvolvida por poderes cujas atribuições derivam da Constituição por aquele estabelecida. Lembre-se que a doutrina caracteriza o poder constituinte originário como poder *inicial* – pois é a base da ordem jurídica e não se apoia em ordem jurídica anterior –, *soberano* – porque não tem limites de direito positivo –, *incondicionado* – porque se manifesta sem precondições ou procedimentos definidos. Ao contrário, o chamado poder constituinte derivado é – o nome já diz – derivado, subordinado, condicionado, devendo, pois, ater-se às prescrições do poder originário do qual provém.

Entretanto, a tese clássica tem de ser ponderada, ou repensada, à luz da experiência, isto é, da realidade. Com efeito, cumpre lembrar que, nas transições políticas, o poder de estabelecer uma nova Constituição vem da ordem jurídica anterior e não de um fato político, a revolução vitoriosa. Veja-se a Constituição francesa de 1958, elaborada com base em normas fixadas por uma Emenda à Constituição de 1946, veja-se a Constituição brasileira em vigor, adotada segundo normas decorrentes da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. E – acrescente-se – esta Constituição foi elaborada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os mesmos que integravam o Congresso Nacional. E é o Congresso Nacional, que, na tradição constitucional brasileira, exerce o poder constituinte derivado.

Tais experiências atenuam a diferenciação entre poder originário e poder derivado.

4. O cerne fixo da Constituição, conteúdo das limitações materiais

Entretanto, admitindo-se a diferença entre poder originário e poder derivado, bem como a citada lição de Carl Schmitt, o cerne fixo da Constituição define as limitações materiais ao poder derivado – as cláusulas pétreas, na linguagem brasileira.

Obviamente, a matéria natural das limitações materiais são esses pontos que conformam a unidade política. Pode-se dizer, nisto seguindo a doutrina clássica, serem elas as definições quanto à forma do Estado, a forma de Governo, a estrutura dos Poderes superiores, o modo de sua composição e os direitos fundamentais.

Tais pontos configuram as limitações materiais “naturais” de uma Constituição. Assim sendo, nem precisam ser explicitadas no texto constitucional para estarem fora do alcance do poder constituinte derivado.

5. Limitações implícitas e explícitas

Segue do exposto, que toda Constituição possui limitações materiais à sua alteração, ainda que não as explicitite.

Sousa Sampaio aponta quatro categorias de limitações naturais: “1^a) as relativas aos direitos fundamentais; 2^a) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3^a) as referentes ao titular do poder reformador; 4^a) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional”.⁷

Entretanto, Constituições, como a brasileira, enunciam limitações materiais (art. 60, § 4º: forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos poderes; e direitos e garantias fundamentais)⁸. São inequivocamente limitações materiais explícitas.

Surge então a indagação: Pode-se falar em limitações materiais implícitas relativamente a uma Constituição que explicita limitações materiais? Não terá o constituinte, ao editar limitações materiais, excluído outras matérias da imutabilidade? Não terá feito uma escolha?⁹

Esta escolha parece evidente, quando a Constituição enuncia limitações materiais, pois assim identifica os pontos que considera principais da conformação política. A definição, explícita, de tais limitações signifi-

⁷ Nelson de Sousa Sampaio, *O poder de reforma constitucional*, Livraria Progresso Ed., Salvador, 1954, p. 93.

⁸ O texto diz “direitos e garantias individuais”, o que, ao pé da letra, excluiria os direitos sociais, mas interpreto-o como significando direitos e garantias fundamentais”. V. *infra* n° 11.

⁹ Aceitar limitações implícitas a coexistir com outras explícitas seria supor o constituinte a brincar, pois teria tido o humor de enunciar algumas limitações, deixando outras para que os intérpretes as descobrissem.

ca *a contrario sensu* a possibilidade de modificação pelo poder derivado dos demais pontos que integrariam o cerne fixo da Constituição.

Não é vedado, por outro lado, que o constituinte inclua no cerne fixo, de modo formal, prescrições quanto aos pontos não essenciais, mas importantes, da estruturação política. Valem como integrantes da Constituição formal e como tais não de ser protegidas pelo controle de constitucionalidade.

6. A questão da modificação do procedimento de alteração da Constituição

Entre as limitações materiais “naturais”, parte da doutrina inclui – como se assinalou – o procedimento de alteração da Constituição.¹⁰

Existiria mesmo um obstáculo lógico à alteração do procedimento de mudança. Trata-se do conhecido “paradoxo de Ross”. A mudança desse procedimento violaria um teorema geral de lógica que proíbe as fórmulas autorreferenciais. A discussão a esse respeito produziu, pelo mundo afora, inumeráveis artigos e mesmo um livro. Dela, pode-se extrair que, segundo sublinha Buligyn, é duvidosa a existência de tal teorema.¹¹

Entretanto, se a questão é intrigante em termos abstratos, concretamente é ela simples. A experiência mostra que o procedimento de alteração tem sido mudado, sem causar comoção maior. Já se citou o exemplo da Constituição francesa de 1946, alterada nesse ponto por Emenda de 1958, que propiciou a Constituição vigente.

No Brasil, o processo de Emenda foi alterado três vezes na vigência da Constituição de 1967. Primeiro, pela Emenda nº 8/1977, que reduziu o quorum de aprovação para a maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional; depois, pela Emenda Constitucional nº 22/1982, que restabeleceu a exigência de dois terços. E o foi de novo pela Emenda Constitucional nº 26/1985, que convocou a “Assembleia

10 Sousa Sampaio, ob .cit., p. 104, cita, como favoráveis à alterabilidade, Laferrière, Barthélemy e Duez, Pontes de Miranda, Sanchez Agesta, etc. Como contrário, por exemplo, Carl Schmitt.

11 Claude Klein, *Théorie et pratique du Pouvoir Constituant*, PUF, Paris, 1996, p. 123 e s.

Nacional Constituinte”. E jamais foi declarada a inconstitucionalidade de tais alterações.

7. São infrangíveis as limitações materiais?

A própria imutabilidade das limitações materiais pode ser posta em dúvida. Isto parece um contrassenso, mas a observação se justifica, se se recordar o paradoxo democrático apontado de início. Além disto, a imutabilidade de tais limitações não deixaria à mudança senão o caminho indesejável da revolução.

Mais forte, ainda, é a aceitação de sua supressão pela prática constitucional. Os fatos registram, com efeito, a modificação, em alteração constitucional regular, de limitações materiais e explícitas.

Um exemplo é fornecido por Portugal. A Constituição lusa de 1976 enuncia limites materiais às leis de revisão constitucional no seu art. 290. São numerosos esses limites, que se estendem da alínea “a” a alínea “p”. Entretanto, a segunda revisão, de 1989, alterou o rol dessas limitações com a nova redação das alíneas “f” e “g” do art. 288 (renumeração do antigo art. 290).¹²

No Brasil, cite-se mais uma vez a Emenda Constitucional nº 26/1985, cujo art. 1º, ao afirmar a Assembleia Nacional Constituinte, “livre e soberana”, foi entendido como a liberá-la das limitações traçadas pela Carta anterior (art. 47, § 1º). Ou seja, da proibição de “abolir a Federação ou a República”. Isto abriu caminho para a proposta monarquista, objeto do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição.

¹² Na redação originária, a alínea “f” fazia limitações pétreas: “O princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios”. A segunda revisão substituiu-a pelo seguinte: “A coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social da propriedade dos meios de produção”. Quanto à alínea “g”, o texto primitivo era: “A planificação democrática da economia”. Passou a ser: “A existência de planos econômicos no âmbito de uma economia mista”.

8. A doutrina portuguesa: Gomes Canotilho.

A delicadeza do problema da modificabilidade das limitações materiais pode ser aferida se se examinar a doutrina portuguesa.

Gomes Canotilho, ao examinar o valor das limitações materiais no seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, assinala que “nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar 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”. Contudo, afirma que “a possibilidade de as Constituições cumprirem a sua tarefa [...] não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão”.¹³

Referindo-se, todavia, a “alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta”, observa: “Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão”.¹⁴

9. *Idem*, a lição de Jorge Miranda.

O Mestre de Lisboa, na terceira edição (1991) de seu *Manual de Direito Constitucional* (tomo II), clarifica a posição exposta na segunda edição, que por muitos foi identificada “como de adesão à tese da dupla revisão”.¹⁵

Em resumo, sustenta que “a natureza do preceito (que estabelece as limitações materiais) é declarativa e não constitutiva (ele declara, não cria limites materiais, estes decorrem da coerência dos princípios constitucionais); que a sua função é de garantia; que respeita a princípios, não a preceitos; que é uma norma constitucional como outra qualquer, obrigatória enquanto vigorar, mas revisável; que, de resto, não é a alteração do art. 290º (agora 288º), só por si, que afeta os limites materiais da revisão; o que os afeta é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição”.¹⁶

13 *Direito constitucional...*, cit., p. 943.

14 *Id.*, p. 943.

15 *Manual de Direito constitucional*, tomo II, ob.cit., p. 198.

16 *Id.*, *ibid.*

Assim sendo, aceita a mudança, nisto incluída a supressão de limitações se estas não forem inerentes ao cerne da Constituição. Ressalva, porém, que, se forem atingidos os “princípios nucleares da Constituição”, “estar-se-á a fazer uma transição constitucional e uma nova Constituição material”.¹⁷

10. A dupla revisão.

Vem a pelo neste contexto recordar a doutrina da dupla revisão. Para esta, a definição de limitações materiais é apenas e tão somente um reforço da rigidez constitucional. Esta, como se sabe, condiciona a alteração de norma constitucional a um procedimento especial, diverso daquele pelo qual se editam as leis ordinárias. Ora, a mudança de limitações materiais implicaria num procedimento especial de “dupla revisão”. Num primeiro tempo, seria abolida a limitação tal qual até então anunciada, num segundo é que se introduziria a mudança.

Esta doutrina foi desenvolvida essencialmente pelos franceses. É a posição de Léon Duguit¹⁸ e, mais recentemente, de Georges Vedel.¹⁹

Ela se ajusta perfeitamente à prática das transições constitucionais. Estas se desenvolvem em dois tempos, como transparece do que se passou no Brasil. Num primeiro, uma Emenda – aqui a de nº 26/85 – altera o procedimento de alteração constitucional, bem como abole cláusulas pétreas; num segundo, estabelece nova Constituição.

Considere-se que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada pelo Congresso Nacional, como “Assembleia Constituinte, livre e soberana”, por força de uma Emenda constitucional adotada pelo Congresso Nacional, como poder constituinte derivado tal qual previsto na Constituição anterior.

O repúdio à doutrina é, todavia, veemente, por parte dos eméritos juristas portugueses acima citados. Afirma Canotilho: “A supressão dos limites da revisão através da revisão” seria “um sério indício de fraude

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 198/199.

¹⁸ Cf. *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., Boccard, Paris, 1924, tomo IV, p. 540.

¹⁹ Cf. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 117.

à Constituição”.²⁰ Quanto a Jorge Miranda, faz ele questão de expressamente repudiar tal doutrina, ainda mais porque a posição exposta na segunda edição, de seu afamado *Manual* (tomo II), fora – já se disse – vista por muitos “como de adesão à tese da dupla revisão”.²¹

11. O alcance do art. 60, § 4º da Constituição brasileira.

Resta um aspecto a aflorar. Trata-se do alcance da infrangibilidade: ela petrifica o regime ou apenas salvaguarda o núcleo essencial do instituto?

A questão se põe em face da polêmica concernente ao alcance das limitações materiais na Lei Magna brasileira em vigor. Está no art. 60, § 4º desta:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.”

O primeiro ponto a salientar depreende-se literalmente do texto. Veja-se que a proibição é de “abolir”. Ora, “abolir” em português significa “extinguir”, “anular”, “revogar”..., jamais “*não mudar*”. É importante sublinhá-lo, porque disto decorre que, respeitado o princípio essencial de cada uma das matérias mencionadas, a sua disciplina constitucional pode ser modificada por Emenda constitucional.²²

Acrescente-se que, segundo ensina Robert Alexy, somente se pode falar em abolição de um instituto, quando é contrariado o seu “conteúdo essencial”.²³

²⁰ *Direito constitucional...*, p. 945.

²¹ *Manual de Direito constitucional*, tomo II, 3ª ed., ob.cit., p. 198. Inclusive por mim – faço *mea culpa* – no meu *Do Poder Constituinte*, Saraiva, São Paulo, 5ª ed, 2007, p.173.

²² Esta posição já está no meu *Do processo legislativo* (Saraiva, São Paulo, 5ª ed., 2007), p. 293.

²³ *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª reimpressão, 2001, p. 125, citando Konrad Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*.

Este entendimento tem abono em decisão do Supremo Tribunal Federal. Nesta, o Ministro Sepúlveda Pertence assinala claramente: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.²⁴

Outro ponto a considerar é a referência a “direitos e garantias individuais”, no inciso IV. Trata-se de um caso típico em que a redação diz menos do que tinha de dizer, pela lógica do sistema. Com efeito, a redação parece excluir os direitos sociais, o que seria absurdo por serem estes, como as liberdades individuais, direitos fundamentais.

12. Observações finais.

Em resumo, cumpre deixar explícitas as conclusões.

Deriva do exposto que o cerne fixo de uma Constituição – presumido como a decisão positiva tomada pelo constituinte – é a limitação natural do poder constituinte derivado. Tal limitação existe sempre, mesmo que não esteja explicitada, mas seja apenas implícita.

No caso de definição expressa de tais limitações não cabe invocar a existência de limitações implícitas. De qualquer forma, nestas, não se inclui jamais a mudança do procedimento de alteração da Lei Magna.

Entretanto, pode o poder constituinte, numa decisão política, excluir da infrangibilidade determinadas matérias, como pode proteger com ela pontos relevantes da ordenação constitucional formalizada.

A infrangibilidade, todavia, não é jamais absoluta. Por um lado, não há por que pretender fraude à Constituição a supressão ou a modificação de cláusula que não se compreenda no seu cerne fixo. Por outro, em circunstâncias excepcionais, como as que inspiram as transições constitucionais, podem ser postas de parte. A isto, coonesta a doutrina da dupla revisão. De qualquer forma, neste caso, assiste, sem dúvida, inteira razão a Jorge Miranda ao ver na supressão de

²⁴ ADIn 2.024-2/DF, medida liminar.

cláusula pétrea material uma pré-manifestação do poder constituinte originário.

Enfim, a infrangibilidade não alcança senão os princípios, de modo que não exclui a mudança do regime que, na Constituição, os desdobra em regras.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.