

JOSÉ GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ

**O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, O DINAMISMO SOCIAL E AS  
CLÁUSULAS PÉTREAS**

**MESTRADO EM DIREITO**

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo

2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ

**O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, O DINAMISMO SOCIAL E AS  
CLÁUSULAS PÉTREAS**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, à Comissão Julgadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Flávia Cristina Piovesan.

**MESTRADO EM DIREITO**

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo

2006

Dedico este estudo aos meus pais, por tudo que representam para mim e pelos valores que com os mesmos aprendi. Tenham certo, “meus velhos”, que todo dia luto para ser como vocês.  
Ao meu irmão, maior amigo e exemplo, um agradecimento especial pela presença constante, que conforta e traz alegria.  
À minha grande amiga e orientadora, Profa. Flávia Piovesan, agradeço a generosidade e correção intelectual que nortearam todo este trabalho.  
Ao meu sócio e amigo querido, Milton, um obrigado pela paciência e parceria.  
Por fim, um agradecimento especial à Flávia, meu amor, por ser quem é e, assim, iluminar a minha vida.

*“Pensar no tempo... pensar retrospectivamente,  
Pensar no hoje... e nas eras e eras que estão por vir.*

*Teve a impressão que não seguiria em frente? Já teve medo  
daqueles escaravinhos  
terrestres?  
Teve medo do futuro não ser nada pra você?*

*Será que o hoje é nada? Será nada o passado sem origem?  
Se o futuro não é nada, eles podem ser nada também.*

*Pensar que o sol se ergueu no leste... que homens e mulheres eram  
ágeis e reais e  
vivos... que cada coisa era real e estava viva;  
Pensar que você e eu não vemos sentimos pensamos nem fazemos  
nossa parte,  
Pensar que agora e aqui estamos fazendo nossa parte.*

*Nem um dia se passa... nem um minuto ou segundo sem um parto;  
Nem um dia se passa... nem um minuto ou segundo sem um morto.  
(...)”*

**(Walt Witham.** Trecho retirado do poema *Pensar no tempo*, do Livro *Folhas de Relva*. 1855)

---

---

---

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2006.

## RESUMO

A presente monografia tem por móvel a análise crítica do convívio existente entre as cláusulas pétreas e os regimes constitucionais democráticos, verificando o claro paradoxo que há na adoção, feita pelo Poder constituinte originário, de dispositivos que impossibilitam a mudança diante do princípio democrático, o qual, por sua vez, pressupõe a participação popular.

Iniciamos esta dissertação pelo estudo da Constituição, verificando os motivos que dão azo à presença das cláusulas pétreas nos sistemas constitucionais democráticos, passando, então, para a análise do fenômeno da imutabilidade constitucional, trazido pela presença das cláusulas de intangibilidade.

No mesmo capítulo, ainda, é tratada a relação entre o tempo e os direitos fundamentais, passando, após, à análise do poder que funda o Estado.

O surgimento do Poder Constituinte e suas bases estruturais, então, são verificados de modo a compreender-se a atividade inaugural dos Estados e criadora das Constituições. A partir deste ponto, é possível, com maior instrumental, analisar a relação existente entre as gerações futuras ao marco inicial do Estado (as quais conviverão inseridas neste sistema constitucional) e os limites materiais.

Ingressamos, posteriormente, no tópico relativo à democracia, buscando, nesta trilha, subsídios sólidos para a continuidade do pensar que norteia toda a presente dissertação. Neste passo, desenvolve-se este estudo até a análise final do dilema existente entre as cláusulas pétreas e a democracia.

Por fim, são apresentadas alternativas para a garantia de proteção da Constituição, bem como para a flexibilização dos limites materiais da Constituição.

## **ABSTRACT**

The present monograph has as its motive the critical analysis of coexistence between consolidated clauses and democratic constitutional systems, verifying the evident paradox there is in the adoption done by the originary constituent Power, of provisions that disables changes before the democratic principle, which presupposes popular participation.

We start this thesis with the study of the Constitution, verifying the reasons that motivate the presence of consolidated clauses in constitutional democratic systems, moving to the analysis of the constitutional immutability phenomena, brought by the current existence of intangibility clauses.

In the same chapter, there is the approach of the relation between time and fundamental rights, leading to the analysis of the power which funds the State.

The creation of the Constituent Power and of its structural bases, are then verified in order to the understanding of the inaugural activity of the States and generator of Constitutions. From this point on, it is possible with more resources, to analyze the existing relation between future generations and the first mark of State (which will coexist inserted in this constitutional system) and the material limits.

We, then, assess the topic related to democracy, tracking solid subsidies for an approach that allows the continuity of thought that guides the entire current dissertation. In this way, this study evolves to the final analysis of the existing dilemma between consolidated clauses and democracy.

Last of all, alternatives are presented for the guarantee of the protection of the Constitution, as well as for the flexibility of material limits of the Constitution.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I – A CONSTITUIÇÃO E SUA ESSÊNCIA .....	14
1. Rigidez Constitucional – uma justificativa .....	19
2. Imutabilidade Constitucional – um contra-senso .....	27
3. O tempo e os direitos fundamentais .....	32
4. O bem comum republicano – a legitimidade das constituições modernas .....	38
CAPÍTULO II – O PODER CONSTITUINTE .....	43
1. Surgimento e essência .....	47
2. O alcance da atividade do Poder Constituinte .....	54
3. As gerações futuras e a Constituição, frente aos limites materiais .....	61
CAPÍTULO III – A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO .....	70
1. A Democracia .....	75
2. Democracia participativa – um caminho possível .....	84
3. Democracia e cláusulas pétreas – um dilema solúvel? .....	90
CAPÍTULO IV – AS CLÁUSULAS PÉTREAS E AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO .....	101
1. A interpretação .....	108
2. Alternativas de flexibilização dos limites materiais .....	128
<i>Conclusão</i> .....	138
<i>Encerramento</i> .....	146
<i>Bibliografia</i> .....	147

## INTRODUÇÃO

A relação paradoxal, existente no convívio, em um mesmo sistema constitucional, entre cláusulas pétreas (superconstitucionais<sup>1</sup>) e o regime democrático, é ponto sensível para o Direito Constitucional. Esta dissertação buscará contribuir para um maior aprofundamento sobre a discussão do alcance do princípio democrático, dentro de uma estrutura jurídica que forja um Estado com limites materiais que não podem ser alterados nem pela vontade da totalidade de seus cidadãos.

O regime democrático, seja este a democracia dos antigos ou a democracia dos modernos<sup>2</sup>, pressupondo a iniciativa popular como norte para as

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Oscar Vilhena Vieira, que a este respeito destaca: “Esse paradoxo decorrente das relações entre constitucionalismo e democracia torna-se ainda mais agudo com o estabelecimento pelas Constituições contemporâneas de cláusulas superconstitucionais. Estas não apenas criam dificuldades quantitativas ao legislador, mas obstáculos intransponíveis – pois, diferentemente das demais cláusulas constitucionais, não podem ser alteradas ou abolidas, sequer por um procedimento qualificado. Este fenômeno de adoção de limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, embora não seja novidade, sofreu expansão após a II Grande Guerra. Tradicionalmente, diversas Constituições estabeleciam a intangibilidade de certos aspectos estruturantes do sistema político, como a forma republicana ou federativa. Na própria história constitucional brasileira, a partir da proclamação da República, encontraremos este tipo de vedação constitucional, impedindo a alteração das formas republicana e federativa. Estas “cláusulas pétreas” tinham caráter estático, voltado a impedir a supressão da estrutura básica pela qual o poder deveria ser exercido. As atuais limitações materiais ao poder de emenda têm caráter mais dinâmico e são passíveis de defesa por intermédio do Judiciário. Além da proteção da estrutura central do poder contra uma total ruptura, buscam impedir que mudanças constitucionais “normais”, gerem uma erosão dos valores e princípios básicos da Constituição. A partir da Lei Fundamental de Bonn, não protegem apenas a integridade do Estado, mas também os direitos fundamentais, o Estado de direito e a democracia, passando, assim, a uma função *ex-parte populi*. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23/24.)

<sup>2</sup> Ensina Norberto Bobbio: “Como teoria do Estado (e também como chave de interpretação da história), o liberalismo é moderno, enquanto a democracia, como forma de governo, é antiga. O pensamento político grego nos transmitiu uma célebre tipologia das formas de governo das quais uma é a democracia, definida como governo dos muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres (mas onde os pobres tomam a dianteira é sinal de que o poder pertence ao *phéthos*, à massa), em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de uns poucos. Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, embora se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa. O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento do que vêem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que sempre é o “povo”, entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito: nos mesmos anos em que, através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do *Federalista* contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia

tomadas de decisões, poderia permanecer, pacificamente, com um sistema constitucional que prevê dispositivos intangíveis, limitando a atividade popular relativamente a determinados aspectos, definidos pelo legislador constituinte originário? Esta pergunta fundamental será, entre tantas outras, enfrentada nesta monografia.

A inquietude, originada pela idéia de imutabilidade constitucional (mesmo que parcial), é discussão corrente na melhor doutrina. Paulo Bonavides, a este respeito já assinalava:

A pretensão à imutabilidade foi o sonho de alguns iluministas do século XVIII. Cegos de confiança no poder da razão, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as idades, atualizado para todas as gerações. Dessa fanática esperança comungou um membro da Convenção, conforme nos lembra notável publicista francês, pedindo perante os debates do Ano III a pena de morte para todo aquele que ousasse propor a reforma da Constituição.

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por arbítrio das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.<sup>3</sup>

O regime democrático é a antítese do não movimento, da estagnação, da petrificação. O silêncio impositivo, mesmo que sobre determinados aspectos das relações econômico-sociais, não convive com a democracia, que pressupõe manifestação, participação, iniciativa popular para as mudanças necessárias<sup>4</sup>.

Não há como, em um regime democrático, afastar do titular do poder, o povo, a participação nos caminhos decisórios do seu país. Nesse caso estar-se-ia diante de um regime democrático limitado, onde o legislador constituinte originário estabeleceria, no momento de criação do Estado, as questões que seriam passíveis de

---

representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado.” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 31/32.)

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 13 edição. p. 196/197.

<sup>4</sup> De acordo com Paulo Bonavides: “A posição passiva em face da coisa pública faz súditos e não cidadãos. A cidadania manifesta-se pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo, mediante o qual se conduzem os negócios jurídicos debaixo do interesse da coletividade” (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. São Paulo: Malheiros, 3 edição. p. 21)

discussões para mudanças, fixando, por outro lado, temas intangíveis que a população, mesmo diante de nova realidade social, não poderia alterar. Seria esta estrutura, democrática?

Paulo Bonavides, ao discorrer sobre a democracia toma por empréstimo uma frase de Abram Lincoln que considera o autor “a mais incisiva e perfeita definição de democracia que a História moderna registra...”, e que ilustra de modo definitivo o regime em questão:

governo do povo, para o povo, pelo povo<sup>5</sup>

Frente a tão clara conceituação de democracia<sup>6</sup>, o que se busca refletir neste trabalho é se as cláusulas pétreas, como limitações à vontade popular, poderiam ser inseridas dentro de um regime pautado, justamente, na vontade popular.

A idéia de dispositivos petrificados nasce com a intenção de manter perpétuos comandos que, na razão do legislador constituinte originário, devem ser inatingíveis pelo poder de reforma. Assim, a própria Constituição disporia sobre os meios hábeis para a alteração de suas normas<sup>7</sup>.

Surge, então, o poder de reforma, limitado pela própria Constituição que tolhe suas possibilidades, por meio de dispositivos constitucionais que mitigam sua efetividade.

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 18.

<sup>6</sup> Lord Bryce, clássico do Direito Público moderno, citado por Bonavides, traz em sua moldura sobre a democracia ainda mais força ilustrativa para demonstrar a importância definitiva da participação ampla do povo nesta forma de governo, na qual, segundo o autor: “o povo impõe sua vontade em todas as questões importantes”. (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 19).

<sup>7</sup> Paulo Bonavides, sublinhando as lições de Rousseau expostas na obra *Considerações sobre o Governo da Polônia*, destaca: “(...) o pensador de Genebra descia das alturas metafísicas e abstratas do “Contrato Social” para a planície do bom senso e das realidades evidentes e razoáveis ao declarar que é “contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar”. Completou esse conceito acrescentando logo não ser “contra a natureza nem a razão” a possibilidade de revogar tais leis, desde que o façamos com a mesma solenidade empregada no estabelecê-las.

O princípio formulado por Rousseau é adotado pela Constituição francesa de 1791, que solenemente reconhece à Nação o direito imprescindível de mudar a Constituição e fazer a reforma daqueles artigos cujos inconvenientes a experiência houvesse demonstrado. Empregar-se-iam para esse fim os meios

Dessa limitação ao poder de reforma desponta com naturalidade um questionamento: como uma Constituição, que deve buscar a realização da segurança para os cidadãos frente ao poder do Estado<sup>8</sup>, garantindo, na sua presunção de durabilidade, o convívio social sereno, pode realizar esta vocação se, em algumas situações, a alternativa é ignorar as mudanças sociais, pela impossibilidade de adequação do conteúdo jurídico da lei fundamental?

Esse conflito claro entre o princípio democrático e as limitações ao poder de reforma, em especial as cláusulas pétreas, é o que se pretende analisar. Importante paradoxo, o convívio nada manso entre estes dois fenômenos deve ser objeto de atenção da doutrina constitucional. Isto porque, a sua ignorância ocasiona, inevitavelmente, a existência de um sistema constitucional, em alguns aspectos, dissonante.

O legislador constituinte originário, ao criar um rol de dispositivos inalteráveis, vincula as gerações futuras, retirando o senso de mutabilidade inerente às relações sociais. Mesmo que com boa intenção, a construção de cláusulas pétreas impossibilita que demandas sociais que surjam possam ser contempladas pelo sistema constitucional.

A idéia de petrificação de normas não confrontaria a realidade social? Ao estabelecer dispositivos que não podem ser tocados, o legislador constituinte originário toma por guia demandas sociais daquele determinado momento histórico. Assim, dispõe sobre aspectos que respondem ao seu presente, mas esquece, em sua pretensão, que a vida é movimento<sup>9</sup>. Esta imodéstia do legislador constituinte originário não é de hoje analisada. Vital Moreira, referindo-se à teoria do poder constituinte evolutivo, já pontuava:

---

previstos pela Constituição mesma. Estava assim assentado o *princípio jurídico* da reforma constitucional por obra do chamado poder constituinte derivado.” (Op. cit. pp. 197/198)

<sup>8</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 3ª edição, revista e atualizada. p. 7.

<sup>9</sup> Expressão retirada dos ensinamentos de Eros Roberto Grau, que leciona: “A realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição. p. 119).

A imodéstia constituinte dificilmente fica impune e o poder constituinte evolutivo acaba por ser a sanção da imodéstia e da arrogância do poder constituinte, quando ele não é capaz de se ousar acima da conjuntura da sua própria época.<sup>10</sup>

Mas as cláusulas superconstitucionais, e este é outro ponto que se deve cuidar com cautela, trazem também, e isto é inegável, justificativa para a sua existência. Elas visam impossibilitar retrocessos, garantir a manutenção de direitos fundamentais enfim, têm por princípio proteger os cidadãos naquilo que considera o legislador constituinte inicial, seus direitos mais essenciais<sup>11</sup>.

O dilema destacado é de existência incontestável e presença pouco confortável. Ao mesmo tempo que as cláusulas pétreas surgem como instrumentos que inviabilizam o desrespeito aos direitos mais fundamentais dos cidadãos (pelo menos no marco histórico de criação do Estado), bem como às estruturas estatais formadoras do Estado, estes dispositivos nascem de uma pretensão de sabedoria do legislador constituinte originário, aparentemente equivocada; e equivocada pelo simples fato de que o dinamismo social demanda mudanças e, sendo assim, pretensões e anseios ausentes no momento de formação de um Estado, devem encontrar, sempre, na Constituição, a possibilidade de serem contemplados.

Importante frisar, contudo, que trata-se, o presente estudo, de um exercício essencialmente teórico, o qual, frente ao sistema constitucional brasileiro, que tem por base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontra difícil

---

<sup>10</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia na Experiência Portuguesa*, texto publicado no livro *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 274.

<sup>11</sup>. Oscar Vilhena, mesmo frisando que o exemplo usado refere-se a uma vinculação individual, o que não ocorre nas limitações constitucionais (as quais têm caráter supra-individual), ilustra muito bem este ponto, com a seguinte passagem: “No Livro XII da *Odisséia* Ulisses é informado por Circê dos perigos que enfrentará em sua viagem de retorno: “ – Encontrarás as duas Sereias, elas fascinam todos os homens que se aproximam. Se alguém, por ignorância, se avizinha e escuta as vozes das Sereias, adeus regresso.” Seguindo o conselho de Circê, Ulisses determina aos seus homens que tapem seus próprios ouvidos com cera e o amarrem ao mastro da embarcação para que dali não possa sair: “ – Se eu insistir convosco para que me solteis, apertai-me, então, com laços mais numerosos.” Com as mãos deliberadamente atadas, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos, ouvir o canto das sereias, sem, no entanto, sucumbir à sua sedução” (Op. cit. , p. 20)

assento<sup>12</sup>, mas que certamente poderá contribuir para novas construções doutrinárias as quais, espera-se, possam consolidar ainda mais o princípio democrático em solo nacional.

A força motriz deste trabalho é a certeza de ter a doutrina constitucional o dever de desvelar-se na tarefa de pensar esta relação. E este exercício não é fácil nem tampouco confortável, pois fatalmente resvalará em aspectos sensíveis ao Direito Constitucional. Mesmo assim, trilhar este longo, tortuoso e intrigante caminho, é o que passamos a fazer.

---

<sup>12</sup> Destaca Geraldo Ataliba: “No regime que adotamos, os representantes do povo – portadores de mandato por ele outorgado, na forma institucional – decidem, de modo inaugural, genérico e abstrato, o que os órgãos de estado haverão de fazer. Para tanto, fixam diretrizes gerais, ou traçam regras mais precisas. E o fazem de modo quase absoluto, só presos à vontade constituinte, expressa na Carta Fundamental. Daí o especial significado que assume, entre nós, o princípio da legalidade, como expressão primeira da representatividade. Na sua conformidade, toda ação estatal subordina-se à lei e desta depende. Toda ação pública tem por base e limite a lei. Esta contém as decisões inaugurais, inovadoras e básicas do Estado. As demais ações do Estado são pela lei balizadas, demarcadas, contidas, pautadas e limitadas. Nenhuma (ação estatal) pode contrariar a lei. Quanto aos cidadãos, só a ela devem obediência. Ela é solene expressão da vontade popular, manifestada pelos representantes do povo, assim transformando-se em vontade do estado irresistível e cogente” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. p. 181)

## I. A CONSTITUIÇÃO E SUA ESSÊNCIA

O termo *Constituição* tem múltiplas acepções, podendo ser destacado para uso em situações diversas, sempre, contudo, com uma mesma função. Esta, inclusive, a conclusão que se retira dos ensinamentos de José Afonso da Silva sobre a matéria<sup>13</sup>.

Por *Constituição* podemos entender [1] *Ação ou efeito de constituir*. [2] *Organização, formação*. [3] *Compleição do corpo humano*. [4] *Temperamento*. [5] *Coleção de leis ou preceitos que regem uma corporação, instituição*. [6] *Lei fundamental que regula a organização política de uma nação soberana; carta constitucional*. [7] *Ordenação, estatuto, regra*. [8] *Dir. Ato de estabelecer juridicamente*<sup>14</sup>.

Flávia Piovesan, a este respeito, destaca:

O conceito de Constituição remete a uma pluralidade de significados, que correspondem às múltiplas perspectivas de análise pelas quais se faz possível compreender o fenômeno constitucional. Nas palavras de Konrad Hesse: ‘A resposta sobre o significado da Constituição depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido’.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> A palavra *constituição* é empregada com vários significados, tais como: (a) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos”; (b) “Temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta”; (c) “Organização, formação: a *constituição* de uma assembléia, a *constituição* de uma comissão; (d) “O ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* de dote, de renda, de uma sociedade anônima”; (e) “Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a *constituição* da propriedade”; (f) “A lei fundamental de um Estado” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicado em 31.12.2004). p. 37.

<sup>14</sup> WEIZSFLOG, Walter (Ed.). *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 568. (Dicionários Michaelis)

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão de mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. p 22.

Constituição, assim, sempre envolverá o agrupamento de elementos para a construção de um objeto. O ato de constituir nada mais é que a atividade de organizar, para formação do objeto intentado.

No universo do Direito, campo no qual assenta a pretensão desta obra, a Constituição de um Estado nada mais é, nos dizeres de José Afonso da Silva, *que a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*<sup>16</sup>.

Nesta trilha, tem-se por Constituição de um Estado, o conjunto de elementos constitutivos deste *ser*, os quais, ordenados em uma Carta, ou mesmo sedimentados e assimilados pelo decorrer da história, de acordo com a sociedade em análise<sup>17</sup>, concedem o campo fértil para o desenvolvimento das relações entre os indivíduos.

A idéia de Constituição do Estado, como um conjunto de leis que visa organizar o poder, data da Antigüidade. Estas leis (leis constitucionais) já apresentavam clara distinção relativamente às leis comuns, ordinárias, como ensina o Manoel

---

<sup>16</sup> Op. cit. p. 37/38.

<sup>17</sup> A este respeito, José Joaquim Gomes Canotilho, pontua: “Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito”. Para ele, a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos “ingleses” e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não repugnaria a idéia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com “freios” e “contrapesos” feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um “vintista exaltado” português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a “ordem histórico-natural das coisas” que outra coisa não era senão os *privilèges* do *ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder – o poder constituinte – , teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4 edição. pp. 52/53.)

Gonçalves Ferreira Filho<sup>18</sup>. Contudo, somente no final do século XVIII, na Europa ocidental, que esta distinção entre leis constitucionais e leis comuns ou ordinárias é valorizada, com a ocorrência do propósito destas leis constitucionais limitarem o poder estatal, sendo as mesmas anteriores e superiores a este poder<sup>19-20</sup>.

Buscando resposta para a distinção entre Lei e Constituição, Ferdinand Lassale, em pronunciamento datado de 1863, colocava esta última como *lei fundamental*, criadora de todos os demais fundamentos sob os quais deveriam estar as demais leis<sup>21</sup>.

A distinção de lei fundamental para as demais leis ordinárias, devia-se, como bem demonstrado por Lassale, pelo fato da lei fundamental estruturar todo o solo para a existência das demais leis; leis estas, comuns. Como formadora do Estado, organizadora do poder, e garantidora dos direitos fundamentais, a Constituição construiria o campo para o surgimento de todos os outros comandos legais.

---

<sup>18</sup> Op. cit., p. 3.

<sup>19</sup> Sobre o tópico, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito...*, cit., p. 3.

<sup>20</sup> Sobre o tema, de acordo com José Carlos Francisco: “A doutrina constitucional aponta que as Constituições surgiram no Século XVIII d.C. Embora todas as sociedades (mesmo as mais primitivas) tenham apresentado um conjunto de normas básicas (escritas ou não-escritas) que estruturavam a sociedade e o Estado existente, essas foram fixadas por poderes diversos, normalmente distintos do poder popular (não de um pequeno grupo mas igualmente reconhecido a todos os indivíduos como fonte de legítima soberania a partir do pensamento iluminista).

A partir de longa evolução, deu-se a transferência do poder deste conjunto de normas básicas ao povo, no que se destacam antecedentes como os pactos ingleses (em particular a Magna Carta, de 15 de junho de 1215), as cartas de franquia, os contratos de colonização (e especial o “Compact” decorrente da viagem da embarcação conhecida como May Flower, e 1620) e as leis fundamentais do reino no limiar da Revolução Francesa de 1789.

Desse modo, ao final do século XVIII (expressando os valores da filosofia iluminista), a visão institucional é *racionalizada*, afastando-se os argumentos divinos, de tradição, mitológicos e outros similares, que até então justificavam o poder. Neste contexto, partindo-se da idéia de igualdade entre todos os seres humanos (individualmente concebidos), desenvolve-se o conceito do povo como detentor do poder, vale dizer, o conceito de soberania popular e, disso, surgem as primeiras Constituições (tais quais as conhecemos hoje) tendo a vontade popular como fonte.” (FRANCISCO. José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição. p. 15).

<sup>21</sup> “Sendo a Constituição a *lei fundamental* de uma nação, será – e agora já começamos a sair das trevas – qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, *outras leis contrárias à fundamental*.” (LASSALLE. Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª edição. p. 10.

Expressando a base do pensamento iluminista, a racionalização configurada pela idéia de Constituição, trazida pela doutrina constitucional do século XVIII, demonstra a preocupação pela segurança jurídica<sup>22</sup>. A Constituição do Estado, com o estabelecimento de regras de organização, que limitam e determinam a aquisição e o exercício do poder, não poderia prescindir do sentido de durabilidade. Ao se estabelecer regras supremas para ordenar a vida social, servindo de norte para cidadãos e Estado, não seria (como não o é) possível concebê-las para vigências em curtos períodos.

A construção de um Estado de Direito, com uma lei fundamental orientadora de todos os atos e fatos sociais, não pode, assim, prescindir da característica de durabilidade<sup>23</sup>. Somente uma Constituição durável é que pode fornecer ao Estado que cria, plena segurança jurídica.

Outro importante aspecto das normas constitucionais, dentre diversas e fundamentais características, é a imperatividade<sup>24</sup>. As constituições impõem ordens e têm, por essência, a força do comando. Todos e tudo devem a Constituição observar. A Constituição dá vida ao Estado e este, por sua vez, observando os comandos nela inculpidos, será o universo onde os cidadãos poderão desenvolver suas relações sociais, livres do Estado da força, submetidos, somente, às determinações da Lei Maior.

Não é outra a conclusão que se retira a este respeito, a partir dos ensinamentos de Carlos Ayres Britto, que, de modo ilustrativo, discorre sobre a Constituição:

(...) a **Constituição é um divisor jurídico de águas**; ou seja, a primeira classificação que se faz sobre o Direito legislado é com os olhos postos na Constituição, no sentido de que **há um Direito-Constituição e um Direito**

---

<sup>22</sup> FRANCISCO. José Carlos. *Emendas Constitucionais...*, cit., pp. 15 e 16.

<sup>23</sup> Aliás, a durabilidade é elemento da lei, como ensina Miguel Reale: “A vigência da lei é, por conseguinte, de natureza tal que ela, normalmente, somente cessa nas condições e no tempo em que nela mesmo se determinar, ou que venha a ser determinado por nova lei” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 27 edição ajustada ao novo Código Civil, 4 tiragem. p. 157)

<sup>24</sup> Em que pese em alguns momentos a norma constitucional ter o caráter meramente autorizador, mesmo aludido dispositivo apresenta imperatividade, pois estabelece a forma pela qual deve ser vislumbrada aquela situação.

**pós-Constituição.** O primeiro nascido do Poder Constituinte; o segundo, nascido de um Poder Constituído, discriminado este em Poder Reformador (o que revisa, ou o que emenda a própria Constituição) e o Poder Legislativo usual (o que elabora as leis complementares à Constituição, as leis delegadas, as leis ordinárias e demais atos de formação da vontade normativa primária do Estado).<sup>25</sup>

Diante desta realidade, a Constituição, organização jurídica fundamental<sup>26</sup>, ditará a forma pela qual as relações entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado se darão, sempre com subsunção absoluta de todos à mesma<sup>27</sup>. Nesta trilha, a substituição da lei fundamental de um Estado por outro documento constitutivo supremo, há de ser escolha última, pois, junto com esta mudança, virá, obrigatoriamente, a mudança de todas as regras sociais, econômicas, políticas e culturais básicas, o que retira do Estado a segurança que a Constituição objetiva conceder.

Essencial à Constituição a idéia de continuidade, permanência. Quanto mais “durável” uma Constituição, mais segurança trará ao Estado que cria e aos seus cidadãos<sup>28</sup>.

Outra não poderia ser a conclusão a que se chega. Como já visto acima, o ato de constituir, como atividade de organização de elementos para construção do objeto intentado, há de ser acompanhado pela idéia de manutenção, por um simples motivo: a quebra da Constituição esfacela todos os elementos ali organizados.

---

<sup>25</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 95

<sup>26</sup> Destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre este ponto, que: “Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo lição de Kelsen, o conjunto das normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação” (Op. cit., p. 11).

<sup>27</sup> Vital Moreira sublinha de modo definitivo, sobre a constituição: “Por definição toda Constituição constitui um limite da expressão e da liberdade da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio da maioria e, em última instância, mais limitação do princípio democrático.” (Op. cit., p. 272)

<sup>28</sup> A este respeito, Anna Cândida de Cunha Ferraz assevera: “Todavia, a assunção revolucionária do Poder Constituinte Originário não é fenômeno usual e freqüente na realidade constitucional, e nem é o recurso mais utilizado para mudar Constituições. Toda Constituição busca refletir, como ensina Burdeau, uma “idéia de direito”; busca refletir “os valores, os fins e os fundamentos de uma nova organização política fundamental”. Ao perseguir tais objetivos, toda Constituição, via de regra, – até para assegurar a estabilidade política e social necessária ao pleno desenvolvimento do povo e do Estado que rege – procura a maior durabilidade possível, busca permanecer. Se uma Constituição não tem vocação para ser eterna, tem, por sem dúvida, vocação para ser durável.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A Revisão Constitucional no Brasil. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 29, n. 114, abril/junho de 1992. p. 9.

Tal qual um castelo de cartas, a Constituição organiza seus elementos para formar um Estado. O castelo, sem as cartas devidamente agrupadas, nunca será um castelo. A partir de sua organização, este conjunto de cartas passará a constituir um castelo e, então, tais cartas deixam de ser meramente cartas para ser elementos do castelo. Todo este esforço, com o desmantelamento do aludido castelo, faz com que as cartas retomem sua situação primitiva, ficando as mesmas sem a função alcançada com a construção do castelo.

Com o Estado ocorrerá o mesmo. A organização social, estruturada juridicamente por meio de uma Constituição, faz nascer um Estado. Este, com suas regras e orientações supremas, será o campo onde todas as relações sociais nascerão e se desenvolverão. Sem a certeza da manutenção desta Constituição, nem Estado nem cidadãos terão segurança para o alcance da plena realização. É a durabilidade da Constituição que permitirá a concessão da certeza para o planejamento e desenvolvimento sereno da vida em sociedade. E isto pois, tal qual no castelo de cartas, toda vez que há quebra institucional, com o surgimento de novos comandos constitucionais, os elementos que compunham o Estado anterior deixam de existir, devendo, da observância da nova ordem, se recriarem nos novos moldes então estabelecidos.

## 1. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL - UMA JUSTIFICATIVA

Como Carta fundamental de um Estado, a Constituição forja todas as relações sociais mantidas. A partir da formulação constitucional, o norte imperativo está lançado. Sem respeito a estas determinações não há falar-se em Estado de Direito.

As mutações constitucionais devem, assim, ser realizadas com as máximas cautelas, verificando procedimentos detalhados e dificultosos (presentes na própria lei fundamental), o que justifica a supremacia da Constituição, nas lições de José Afonso da Silva<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> “A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o

As constituições estabelecem as regras do jogo social, as estipulações que servirão de guia para a sociedade. Assim, embora possam ser alteradas, para que o jogo não seja interrompido, as Cartas constitucionais devem conceder estabilidade, devendo, para tanto, ser colocadas em posição de superioridade no cenário social do Estado que cria.

Como instrumento formador do Estado, preceito básico que surge com uma Constituição é a construção de mecanismos de auto-proteção. A história recente demonstra a necessidade de institucionalização de instrumentos de defesa das constituições, onde se inserem as cláusulas pétreas. Não é outro o ensinamento de Oscar Vilhena Vieira:

A história constitucional alemã deixa bastante claras as razões que levaram os arquitetos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a estabelecer barreiras constitucionais intransponíveis voltadas à proteção de princípios e instituições básicas do Estado de Direito. A experiência de Weimar, na qual a frágil Constituição de 1919 sofreu um processo de erosão, abrindo espaço ao surgimento do regime nazista, impôs à geração do pós-guerra a criação de barreiras substantivas aos processos de mutação constitucional.<sup>30</sup>

Aqui reside a justificativa para a existência dos limites ao poder de reforma, especificamente, das cláusulas pétreas. A preocupação com o retrocesso, relativamente aos ganhos alcançados, faz com que a Constituição estabeleça parâmetros duros, cláusulas pétreas que não podem, sob hipótese alguma, ser objeto de alteração e, em alguns casos, como na Carta suprema nacional de 1988, não podem, sequer, ser objeto de deliberação para mudança<sup>31</sup>.

---

princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas” (Op. cit., p. 45)

<sup>30</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Op.cit. p. 115.

<sup>31</sup> Estabelece o artigo 60, § 4º, da Constituição brasileira de 1988: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)”

Por meio das cláusulas pétreas, assegura o legislador constituinte originário que os direitos julgados fundamentais no momento da criação da Carta suprema estarão garantidos e revestidos de durabilidade. Sob a ótica e a intenção de segurança, busca o poder constituinte inicial, com o estabelecimento de dispositivos petrificados, afastar qualquer possibilidade de arbítrio e desrespeito ao que julga previsões supremas. Pinto Ferreira, discorrendo sobre a matéria, sublinha de modo enfático:

Em suma, a supressão de limites de revisão é no fundo uma fraude à Constituição, *Verfassungsbeseitigung*, a que aludem os doutrinadores alemães. É no fundo uma supressão da Constituição, uma válvula de escape, que corresponde mais a um golpe revolucionário de que a uma revisão total da Constituição. A revisão total é uma forma camuflada de um golpe de Estado ou de um processo revolucionário provocando a supressão do texto constitucional, uma ruptura constitucional, que os alemães denominam *Verfassungsdurchbrechung*.

O raciocínio é concludente: se a revisão da Constituição pode atingir todos os dispositivos, pode atingir as liberdades públicas, o sistema de garantia da pessoa humana, a democracia, destruindo o Estado de Direito, como aconteceu nas épocas de Hitler e Mussolini. Portanto, significa não uma revisão constitucional, porém uma supressão da Constituição, podendo, assim, transformar uma democracia em ditadura o que é um contra-senso.<sup>32</sup>

O corte histórico dá o tom dos direitos que serão eleitos como supremos. Desta eleição, colocam-se as cláusulas pétreas como instrumentos que garantem a posteridade mansa destes dispositivos. Tomando por exemplo a Constituição brasileira de 1988, é possível encontrar, facilmente, os “eleitos” e, a partir deste ponto, compreender, também, a existência das normas superconstitucionais.

Sobre a matéria, expõe Flávia Piovesan:

Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a

---

<sup>32</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. “As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido”. In: BONAVIDES, Paulo (dir.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo, n. 1, janeiro/junho de 2003.

barbárie em nome da lei, como leciona Luís Roberto Barroso. Basta lembrar que os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a idéia de “banalidade do mal”, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal.<sup>33</sup>

A herança histórica deixada pela Grande Guerra, apontada por Flávia Piovesan, somada às violências às liberdades individuais vividas no Brasil durante os vinte anos de ditadura militar, emolduravam o cenário que se vivia quando da assembléia constituinte de 1987, no País. Saía-se de um regime de exceção<sup>34</sup>, repugnante e autoritário como todos desta espécie o são, que fazia com que o legislador constituinte, intentando restabelecer o regime democrático em solo brasileiro, colocasse, sob a guarda das cláusulas pétreas, a proteção do voto direto, a separação dos Poderes e, principalmente, os direitos e garantias individuais<sup>35</sup>.

Nesta esteira da auto-proteção que as cláusulas pétreas são utilizadas; como mecanismos para garantir aqueles direitos que, no momento de formação de um Estado, estabelecem os representantes populares como bens maiores.

---

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 7 edição, revista, ampliada e atualizada, pp. 28/29.

<sup>34</sup> Pontua Flávia Piovesan: “Após longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que este processo se tenha iniciado, originalmente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos –, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu a elaboração de um novo código que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988” (Op. cit., p. 21/24).

<sup>35</sup> Não se insere aqui a forma federativa, por opção contextual, em que pese, também, ter sido escolha de proteção do legislador constituinte originário, conforme artigo 60, § 4º, I, da Carta brasileira de 1988.

Indiscutível é o fato, e aqui se chama atenção para esta afirmação, que muito mais frágil seria um Estado democrático sem garantias ao instrumento que o instituiu, qual seja, a Constituição. A necessidade de mecanismos de proteção ao sistema constitucional é realidade que a própria existência do Estado constitucional pressupõe. Não há como forjar, com segurança, um sistema constitucional, sem instrumentos de garantia da Constituição, que impossibilitem a agressão à Carta suprema.

Garantir a existência tranqüila da Constituição é imprescindível quando se pretende que esta seja durável e conceda segurança aos cidadãos quanto à sua manutenção. E estas afirmativas, que vão ao encontro da melhor doutrina<sup>36</sup>, não se opõem ao pensamento que se busca desenvolver nesta obra.

O que se questiona, somente, é se as cláusulas superconstitucionais funcionariam como este elemento de proteção, ou, ao contrário, com o passar do tempo e as novas experiências e demandas surgidas com a história, estes mecanismos de proteção não cumpririam justamente a função oposta da qual retiram sua justificativa, sendo instrumentos geradores de uma indesejável ruptura institucional.

Contudo, o que importa destacar é que a Constituição deve ter o porto seguro dos mecanismos e métodos de proteção de sua própria existência, ou seja, meios que impossibilitem o enfrentamento de governos e os desrespeitos de cidadãos sem a “arma” poderosa da certeza de sua supremacia. Neste contexto estão inseridas, também, as cláusulas pétreas, como bem aponta J. J. Gomes Canotilho:

---

<sup>36</sup> Gomes Canotilho leciona: “O estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A idéia de *proteção, defesa, tutela, ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fática do estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições). A partir do *Estado constitucional* (cf. *supra*) passou a falar-se de **defesa ou garantia da constituição** e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança do significado lingüístico. No Estado constitucional o objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a

A Constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial através de cláusulas de irreversibilidade e de um processo “agravado” das leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da Constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado. A ideia de garantia da Constituição contra os próprios órgãos de Estado justifica a constitucionalização quer do *procedimento e limites de revisão* quer das situações de *necessidade constitucional*<sup>37</sup>.

Esta preocupação em proteger dispositivos fundamentais para a harmonia da vida social, como já destacado, é que fornece a justificativa de existência das cláusulas superconstitucionais. Através da petrificação, consegue o legislador constituinte originário, congelar, para as gerações futuras, previsões consideradas não passíveis de alteração, pois no momento criador do Estado, o cenário político-social assim as considerava.

Não se retira nem se ignora a utilidade das cláusulas de intangibilidade, apenas se questiona, neste trabalho, para quem e até quando os dispositivos superconstitucionais são úteis. Certamente, para um regime democrático, não. Podem garantir a sua permanência, ou seja, pode-se estabelecer, em um regime constitucional, a proteção absoluta ao princípio democrático, mas incontestável que até a imutabilidade, neste aspecto, opõe-se à essência da democracia, como a seguir melhor poderá ser vislumbrado.

Somente a história e sua compreensão podem justificar a existência de dispositivos petrificados. A triste experiência autoritária recente e seus resultados devastadores, em específico os trazidos pelos regimes fascista (na Itália); nazista (na Alemanha); stalinista (na antiga União Soviética); e maomista (na China), dentre outros, fizeram, com a reconstrução dos direitos humanos, com que fosse imprescindível afastar por completo a possibilidade de retomada destas experiências<sup>38</sup>. E neste aspecto são eficientes as cláusulas pétreas.

---

defesa do Estado mas da norma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado democrático nacional.” (Op. cit. p. 859).

<sup>37</sup> Op. cit., pp. 860/861.

<sup>38</sup> Não é outro entendimento que se retira das sempre precisas palavras de Celso Lafer: “Num mundo único a cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para um indivíduo beneficiar-

Como ensina o professor Pinto Ferreira, o instituto das cláusulas pétreas está disseminado pelas Cartas constitucionais das mais diversas partes do globo. Quando inseridos em constituições sintéticas, tal núcleo intangível é de poucas cláusulas. Diante de constituições de países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, tal núcleo também é de poucos dispositivos, frente ao respeito às leis. Contudo, este rol petrificado é amplo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento<sup>39</sup>. Ilustrando o quanto trazido, discorre o autor pernambucano:

Determinados países colocam somente como núcleo constitucional das Leis Magnas a República, como a França de 1958: ‘Le forme républicaine du gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision.’ Outros acrescentam a Federação e a República, como nos EUA.

A Constituição da Itália prevê: ‘Art. 139. A forma republicana de reforma não pode ser objeto de revisão constitucional.’

A Constituição da República Portuguesa estipula limites materiais de revisão (art. 290) e limites circunstanciais (291), esses últimos alusivos à proibição de revisão na vigência do estado de sítio ou de emergência.

Ela amplia consideravelmente o conteúdo intangível da Constituição.

Art. 290. (Limites materiais da revisão).

- a) independência nacional e unidade do Estado;
- b) a forma republicana de governo;
- c) a separação das igrejas do Estado;
- d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos oligopólios e latifúndios;
- g) a planificação democrática da economia;
- h) o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares seletivos dos órgãos de soberania, das regiões autônomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i) o pluralismo e expressão e a organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j) a participação das organizações populares de base no exercício do poder local;
- k) a separação e a independência dos órgãos de soberania;

---

se do princípio da legalidade, evitando-se desta maneira o surgimento de um novo “estado totalitário de natureza”, não pode ser examinada apenas no âmbito interno de uma comunidade política. Em verdade, só pode ser assegurada por um acordo da *comitas gentium*, pois este primeiro direito humano, como todos os demais que dele derivam, só pode existir, observa Hannah Arendt em artigo publicado em 1949, por meio de acordos e garantias mútuas, pois não se trata de algo dado, mas construído, e este construído, no caso, requer um entendimento de alcance internacional. A relevância desta conclusão não é hoje contestada em Direito Internacional Público, que *ratione materie* necessariamente inclui no seu objeto a repartição legal da população mundial, como foi apontado no fecho do capítulo anterior, e que por isso mesmo procura evitar que existam pessoas que, ao se verem expulsas da trindade Estado-Povo-Território, percam os benefícios da legalidade” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 1991, p. 154.)

<sup>39</sup> Op. cit., p. 216.

- l) *a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas;*
- m) *a independência dos tribunais;*
- n) *a autonomia da autarquias locais;*
- o) *a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores de da Madeira.*

A Constituição da República Federal da Alemanha também estabelece inúmeras cláusulas pétreas, transcrevendo o seguinte no art.79, 3: “não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados, ou o princípio da cooperação dos Estados na legislação, ou os princípios consignados nos arts. 1 a 20.”<sup>40</sup>

Como se vê, a busca pela proteção, em maior ou menor grau, por meio das cláusulas pétreas, é prática disseminada pelo mundo, em regimes democráticos, como meio de garantia permanente para os bens julgados maiores pelos formadores dos respectivos Estados.

Mesmo diante de forte justificação para sua existência, a doutrina aponta, de modo incisivo, para o cuidado que se deve ter com a extensão destes dispositivos intangíveis. Oscar Vilhena, em sua tese de doutoramento, aprofundou a discussão sobre o assunto, visando, justamente, buscar a razão para a existência das cláusulas superconstitucionais:

Como na imagem de Ulisses, os pré-comprometimentos constitucionais, assumidos a partir da adoção de cláusulas superconstitucionais, só serão legítimos se formados de maneira a habilitar a continuação da jornada da sociedade, por intermédio dos caminhos traçados pelos seus próprios cidadãos, sob condições ideais de deliberação. Os princípios a serem protegidos do poder constituinte reformador, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, devem constituir a reserva básica de justiça constitucional de um sistema, um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política e do qual possam ser derivadas as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais, e os direitos às condições materiais básicas.<sup>41</sup>

Continua o autor:

Protegidas essas cláusulas, que constituem uma verdadeira reserva constitucional de Justiça, as Constituições podem ser reformadas sem colocar em risco os elementos essenciais à perpetuação de um sistema que garanta autonomia privada e política, numa esfera de igualdade e dignidade. Caso o

---

<sup>40</sup> Op. cit., pp. 217/219.

<sup>41</sup> Op. cit., p. 230.

constituente atribua rigidez absoluta a outros dispositivos que não fazem parte desse cerne essencial, estará sendo prepotente para com as gerações vindouras, violando o princípio básico da igualdade e liberdade de cada um e de cada geração. Mais do que isso, estará iniciando um processo de erosão da obra que busca preservar. Pois a dinâmica das relações sociais e a evolução histórica obrigam a mudança no texto constitucional, que, se não forem permitidas, imporão sua ruptura.<sup>42</sup>

Abre-se, agora, o momento para discussão fundamental, já verificada a justificativa para a existência das cláusulas pétreas, que norteará a idéia cerne deste estudo.

## 2. IMUTABILIDADE CONSTITUCIONAL - UM CONTRA-SENSO

Com a Constituição de um Estado, nascem as instituições, delimitam-se os direitos e inserem-se os limites da ação estatal. Surge uma nova nação, com vista ao futuro, com foco na organização social para o desenvolvimento e a realização. Assim, deve a Constituição ser um documento duradouro, com possibilidades de, além de vislumbrar o amanhã, participar dele como meio possível de respostas às demandas que surgirão.

Inserido no cerne da sociedade, como forjadora das relações que serão construídas dentro do Estado que cria, não há como a Carta constitucional ter em seu corpo previsões de imutabilidade. A vida é dinâmica e ao dinamismo deve, em um Estado de Direito, a Constituição responder com o apoio institucional. A impossibilidade de respostas para os questionamentos que surgem com o passar do tempo, inviabilizam a existência do texto supremo, jogando, inevitavelmente, a sociedade, em uma crise institucional, onde transformações desejadas pelos cidadãos não podem ser compreendidas pelo texto intolerante de cláusulas petrificadas. Aos dispositivos superconstitucionais deverá, sempre, o cidadão, ater-se e calar-se.

As cláusulas pétreas colocam-se, desse modo, como um retrocesso teórico à vocação natural das Cartas supremas democráticas, que é o olhar para o futuro,

---

<sup>42</sup> Op. cit., pp. 231/232.

o entendimento que, criadoras das balizas que nortearão as relações sociais, devem as constituições acolher o novo, sempre verificados os procedimentos para tanto<sup>43</sup>.

As constituições têm por objetivo final realizar o bem-estar do verdadeiro titular do poder, qual seja, o povo. Desta forma, deve a Constituição acompanhar a formação e o desenvolvimento das relações sociais, apresentando, sempre, instrumentos que possibilitem fornecer respostas e alternativas para o futuro<sup>44</sup>.

Regrando as relações sociais e impondo limites para o poder estatal, a Constituição não pode esquecer o direito à iniciativa dos indivíduos, ou seja, a garantia de participação ampla, dos cidadãos, nos caminhos sociais. Sem isso, a teoria republicana é maculada, como demonstra José Joaquim Gomes Canotilho:

A teoria republicana reclama como base antropológica do seu discurso o indivíduo e, neste aspecto, o ‘toque’ de modernidade dos direitos naturais e da ‘razão iluminada’ aproxima-os da modernidade liberal. O homem republicano não é, porém, o sujeito politicamente abstêmio, embora ‘civilmente enérgico e atuante’, do individualismo possessivo, é o homem politicamente combatente a

---

<sup>43</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, ao discorrer sobre a estrutura e função da constituição, pontuou: “O ‘sentido normativo’ da constituição concebe-se como prospectivamente orientado, abrindo via ao futuro, sem perfeccionisticamente tentar captar e fechar o processo histórico. Nesta perspectiva se afirma que a lei fundamental é ‘esboço de uma via’ e algo de ‘desejado’ e não apenas um estatuto ‘confirmante ou garantidor do existente’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 2 edição. pp. 152/153)

<sup>44</sup> Lenio Luiz Streck, de modo basilar, anota: “Numa palavra: Constituição consiste, precisamente, no dizer de Ferrajoli, neste sistema de regras, substanciais e formais, que têm como destinatários os mesmos titulares do poder. Sob este aspecto, as constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito através da extensão do princípio da igualdade a todos os Poderes, incluindo o Legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação. Poderia dizer-se que constituem utopias de direito positivo, que, ainda que não realizáveis completamente, estabelecem perfeitamente, enquanto Direito sobre Direito, as perspectivas de transformação do Direito mesmo em relação à igualdade nos direitos fundamentais.

Bastaria, acrescenta Ferrajoli, esta função de limite e de sujeição da maioria como garantia dos direitos para descartar a idéia de que as constituições estejam à disposição da maioria mesma, e para reconhecer sua natureza de pactos fundados e dirigidos a assegurar a paz e a convivência civil. Se as constituições são o conjunto de regras do jogo que garantem a correção do jogo, estes pactos têm que garantir a todos os jogadores, começando pelos mais frágeis. Se as constituições têm como destinatários os poderes constituídos, aqueles não podem ser modificados, derogados ou debilitados por estes mesmos, senão somente ampliados e reforçados. Finalmente, se as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais, estes pertencem a todos que somos, precisamente, os titulares destes direitos fundamentais. É nesta titularidade comum que reside o sentido de democracia e de soberania popular.” (STRECK, Lenio Luiz. Do artigo: *Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em constituição dirigente?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)> Acesso em: 10 abr. 2006)

favor do ‘progresso’, da ‘educação’, da ‘instrução’, do ‘associacionismo’, enfim de ‘soluções positivas’ para a política. Eis um primeiro elemento de aproximação do republicanismo à liberdade dos antigos – o ativismo político.<sup>45</sup>

Sendo o dono da *res publica*<sup>46</sup>, o povo não pode ser colocado diante de instrumento que engesse a possibilidade de iniciativa, como as cláusulas pétreas, vias que, a despeito da boa intenção do legislador constituinte originário, impõem barreiras para a livre participação nos rumos da nação.

Como já destacado, o Direito deve conceder, a todos, segurança. Fundamental que os cidadãos saibam o limite de atuação do poder estatal, bem como os limites de suas próprias possibilidades<sup>47</sup>. Para tanto, a Constituição, como documento criador do Estado, sempre deverá ser observada, e, quanto mais esta for durável, mais segurança terão os cidadãos de que as regras do jogo não serão alteradas<sup>48</sup>.

Toda a quebra institucional (com a opção por novo momento de constituição de um Estado) pressupõe dúvida, incertezas e inseguranças. O que se deve sempre buscar é a harmonia, a paz e a certeza nas relações que só se têm com a durabilidade do documento constitucional. Contudo, tal característica (a durabilidade), só se alcança com a possibilidade da Carta suprema responder aos anseios sociais.

As Constituições criam Estados que estão inseridos dentro das realidades sociais, no interior da vida. Não se têm Estados inertes, indiferentes ao tempo e à mudança; inatingíveis e inalteráveis. Por conseguinte, devem as Constituições, que são

---

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Ed. 2004. pp. 30/31.

<sup>46</sup> Com a clareza que sempre lhe foi peculiar, Geraldo Ataliba destaca: “Se, como visto, o dono da *res publica* é o povo, todas as disposições a respeito de sua (coisa pública) preservação, desenvolvimento e aplicação a ele (povo) pertencem. Só o dono pode dispor sobre o destino da coisa; só ele pode dizer como, quando e em que finalidades ela pode ser aplicada” (Op. cit., p. 180).

<sup>47</sup> Leciona Geraldo Ataliba: “O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos deles não discreparão” (Op. cit., p. 184)

<sup>48</sup> Fábio Konder Comparato, discorre: “As constituições são tidas como boas quando se revelam estáveis, ou seja, não contestadas no plano da luta política (...)” (COMPARATO, Fábio Konder. “Sobre a Legitimidade das Constituições”. In: BONAVIDES, Paulo (dir.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. São Paulo, n. 5, janeiro/junho de 2005. p. 20).

justamente os elementos que forjam os Estados, conceder a possibilidade de, verificada a necessidade de mudança, responder a esta.

Ao se construir um Estado, está-se diante de um momento de mudança, de alteração de uma realidade social, pois o Direito é o instrumento apto para tanto<sup>49</sup>. Deve então, a Carta suprema, contemplar a via de novas mudanças, sem a tão indesejada quebra institucional. As cláusulas pétreas, neste contexto, impossibilitam, nas situações previstas, esta alteração. Esta inflexibilidade, cedo ou tarde, acarretará, provavelmente, a necessidade de construção de um novo Estado, fato que faz com que os cidadãos sempre vivam, em regimes democráticos onde se apresentam cláusulas superconstitucionais, com a incerteza e a insegurança.

Em nome do respeito aos direitos mais fundamentais dos cidadãos, as cláusulas pétreas põem em risco todo o sistema constitucional. É o todo em detrimento de uma parte (mesmo que tal parte seja fundamental). Geraldo Ataliba, subliminarmente, já demonstrava esta preocupação, ao tratar do direito adquirido:

“Impressiona muitos espíritos a circunstância de no direito europeu não haver vedação explícita à retroatividade nem proteção constitucional expressa e formal ao direito adquirido. Nesses sistemas, como no norte-americano, a segurança dos direitos repousa mais nos princípios implicitamente consagrados, que são arraigados na consciência dos parlamentares, administradores e juizes. O grau de civilização alcançado por estes países permite que a garantia da liberdade e do patrimônio dos cidadãos dependa unicamente dos critérios do legislador e dos juizes, não tendo sido necessária nenhuma consagração constitucional expressa. Seria absolutamente inaceitável que o Estado, por qualquer de seus órgãos, agisse surpreendentemente, que colhesse de inopino seus cidadãos. Isso é algo que nem passa pela mente de um europeu ou norte-americano. No Brasil ocorre com frequência, mas o dever do Poder Judiciário é tolher o abuso, cortando-o por inconstitucionalidade.”<sup>50</sup>

Ora, as cláusulas pétreas são impeditivas de evolução e discussão social, em seus aspectos. Impossível, sobre os temas que delimitam, diante da percepção da necessidade de mudança de determinado tópico superconstitucional, submeter esta

---

<sup>49</sup> Nas palavras de Eros Roberto Grau: “A compreensão dessa realidade nos permite verificar que o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social, para ser dinamizado, nessa função, ao sabor de interesses bem definidos.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 5 edição revista e ampliada. p. 57).

<sup>50</sup> ATALIBA, Geraldo. Op. cit., p. 186.

vontade popular ao jugo da Constituição, que irá repeli-la. E isto confronta a idéia de unidade jurídica, uma vez que deveria a Constituição, sempre, recebendo os reclames oriundos das metamorfoses sociais, responder do melhor modo a eles<sup>51</sup>.

A vida é movimento (cf. Eros Grau e Paulo Bonavides) e não pode negar, o Direito, esta realidade. Konrad Hesse, em um dos textos mais significativos do direito constitucional moderno, por diversas vezes sublinhou esta necessidade de percepção, pelo Direito, do dinamismo social:

A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas.

(...)

Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material de sua força vital* no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento.

(...)

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral.

Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes. Abstraidas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns poucos princípios fundamentais, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças nas realidades sócio-políticas, mostre-se em condições de ser desenvolvido. A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, como inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.”<sup>52</sup>

O contra-senso da previsão de imutabilidade de dispositivos em Constituições democráticas se dá, pois esta afeta o principal operário da construção dos direitos e demandas sociais, que é o tempo. Sem o trabalho do tempo nunca seria possível a elaboração de dispositivos legais que protegessem os adventos vindos com as

---

<sup>51</sup> Sobre a matéria discorre José Afonso da Silva: “Tudo isso demonstra a unidade da ordem jurídica nacional, que tem seu fundamento de validade na Constituição Federal. Esta se encontra na cúspide da pirâmide normativa nacional, sobre a qual derrama seus princípios informadores e dela recebe, por reflexão, os impulsos revivificantes da dinâmica social, para, depois, por emanações, voltar a convalidar os novos conteúdos axiológicos que a vão enriquecendo no evoluir cultural da comunidade.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 6 edição, 2 tiragem. p. 215).

<sup>52</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 1991. respectivamente pp. 15/17/21.

mudanças, uma vez que a sociedade sempre viveria na estagnação. O repúdio à irreversibilidade decorre do embate desta previsão com o exercício do tempo junto à realização do princípio democrático, tendo em vista que, com o passar dos anos, forjam-se direitos antes impensáveis e a estes devem acolher as Constituições. É o que ensina a história.

### 3. O TEMPO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Direito é criação humana; ciência advinda e desenvolvida a partir da percepção dos eventos históricos, do aprendizado com o passado e da força conjuntural do presente. As constituições surgem neste caldeirão e nada mais são que o reflexo do momento histórico de sua criação e da herança deixada pelos fatos do passado.

O constitucionalismo moderno, por sua vez, é fenômeno recente<sup>53</sup>, e em decorrência deste fato, talvez, muitas das questões que surgem quando da formação de sistemas constitucionais, não foram, ainda, resolvidas<sup>54</sup>. As cláusulas pétreas, nos parece, são um destes pontos.

Os sistemas constitucionais democráticos, que hoje emolduram o campo social dos Estados que criam, foram montados a partir da experiência inicial do

---

<sup>53</sup> Luis Roberto Barroso assinala: “O Direito, como se sabe, desenvolveu-se inicialmente sob a forma do direito privado. No campo das relações entre governantes e governados, somente o Direito Penal tem antecedentes históricos mais remotos. Sem ignorar idéias e instituições que alcançam algum florescimento na antigüidade clássica, soterradas com a queda do Império Romano, o constitucionalismo moderno só surge no limiar do século XVIII, irmanado ao liberalismo na dissolução do sistema de privilégios absolutistas. Não é de se estranhar, assim, o grau menos adiantado de sua elaboração científica que ainda hoje tergiversa sobre noções básicas como Estado, soberania, divisão de Poderes e outras” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 7 edição atualizada. pp. 79/80)

<sup>54</sup> Para Luís Roberto Barroso: “Até hoje não se elaborou um mecanismo para neutralizar os excessos do constituinte, originário ou revisional, sem que com isso se comprometa o caráter normativo do Texto. Ao deparar com normas manifestamente inexecutáveis, o intérprete tende a negar o seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional. Em hipóteses tais – que, no fundo, não são tão numerosas – é a impossibilidade material de cumprimento da norma que gera a sua inexigibilidade. No âmbito do Direito Civil, esse aspecto já foi amplamente elaborado e se encontra positivado em texto legal. No Direito Constitucional, trata-se de tema à espera de um autor” (Op. cit., p. 80)

moderno constitucionalismo do século XVIII, acrescido das experiências factuais vividas pelas sociedades respectivas.

Com o intento de limitar o poder estatal, colocando fim ao absolutismo até então reinante, as Cartas constitucionais da fase embrionária do constitucionalismo moderno tinham o objetivo de estabelecer regras que seriam anteriores e superiores a este poder estatal. Por isso o nome “Constituição” foi designado para referência destas Cartas, justamente para servir como indicativo de criação, construção do Estado. Esta idéia de pré-concepção do Estado mediante o estabelecimento de um Texto supremo, tem sua glória com a Revolução Francesa de 1789, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental essa crença na possibilidade de, pondo-se de parte a organização costumeira do Estado, dar-se ao mesmo uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. Ora, essa crença, se pode ter apontado cá ou lá anteriormente, só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789<sup>55</sup>.

Ao limitar o poder estatal, esta construção jurídica demonstra que passa a poder, o homem, alterar a estrutura política que o momento histórico concedeu a determinado Estado. Respalhada na concepção iluminista reinante à época, o constitucionalismo moderno tem, na razão, uma de suas principais características. Esta inspiração, naturalmente, leva a preocupação com os direitos fundamentais dos seres humanos<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Op. cit., p. 4

<sup>56</sup> Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A idéia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo, a ideologia revolucionário do século XVIII. Esta cosmovisão tem cinco idéias-força, que se exprimem pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso. De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confundem com a coletividade, nem se funde nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina a sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, portanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicado objetivamente. Tal indivíduo racional vive num mundo governado em última instância por uma natureza boa e providente. Desta natureza resultam leis (naturais) que conduzem à melhor das situações possíveis, desde que não embaraçadas. Visam à felicidade que é o objetivo do homem. Objetivo a ser realizado na Terra e não no Céu como era o caso da salvação eterna, a proposta para o homem pelo Cristianismo. Enfim, o otimismo quanto ao futuro, pois o homem, sua condição de vida, seus conhecimentos, sempre estão em aperfeiçoamento, em progresso” (Op. cit., p. 6)

Como meio para pôr termo ao poder absoluto, as Constituições vieram a estabelecer uma série de garantias e direitos fundamentais que pudessem fornecer aos cidadãos a segurança jurídica necessária para a mais tranqüila vida social. Em que pesem cortes **não** democráticos que marcaram a história recente e macularam a idéia precípua das Constituições, advindas do segundo quartel do século XVIII, com o pós-1945 foi, novamente com base na razão<sup>57</sup>, possível reconstruir Cartas constitucionais democráticas disseminando-as pelas mais diversas sociedades do globo.

A doutrina dos direitos dos homens, desde suas primeiras aparições no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, passou por várias etapas, trazendo garantias que foram se ampliando ao longo dos anos, mostrando, na prática, que os direitos humanos são um construído e não uma criação pré-concebida. Os direitos fundamentais, desta feita, vão se moldando e tomando corpo, ao longo dos anos e com o advento das ocorrências históricas<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Norberto Bobbio destaca: “Todos esses esforços para o bem (ou, pelo menos, para a correção, limitação e superação do mal), que são uma característica essencial do mundo humano, em contraste com o mundo animal, nascem da consciência, da qual há pouco falei, do estado de sofrimento e de infelicidade em que o homem vive, do que resulta a exigência de sair de tal estado.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 8 edição, p. 55).

<sup>58</sup> Sobre o ponto traz-se extrato de Norberto Bobbio: “Na história da progressiva afirmação dos direitos do homem foram percorridas, como eu disse, muitas etapas. A primeira, de grande importância, que transformou uma aspiração ideal secular em verdadeiro e próprio direito, em um direito público subjetivo, ainda que no restrito âmbito de uma nação, foi a constitucionalização através das Declarações dos Direitos inseridos nas primeiras constituições liberais e democráticas que vieram à luz nos dois sucessivos séculos. O artigo 2 da Constituição italiana diz: ‘A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem.’ Desse modo os direitos do homem tornaram-se, de direitos naturais, direitos positivos.

A segunda etapa – mas, neste caso, mais do que uma etapa seria preciso falar de uma evolução contínua que dura até hoje – foi a sua *progressiva extensão*. A primeira forma de extensão ocorreu no próprio interior dos direitos de liberdade: basta lembrar que o direito de associação, que é um dos pontos cardeais de um sistema político e social de democracia pluralista, não era reconhecido no Estatuto albertino e, portanto, permaneceu durante décadas, como foi dito, à mercê do direito de polícia, e depois como liberdade de fato. A segunda forma de extensão ocorreu com a passagem do reconhecimento dos direitos apenas civis para o reconhecimento dos direitos políticos, até a concessão do sufrágio universal masculino e feminino, passagem que representou a transformação do Estado liberal em Estado democrático. A terceira e mais incisiva extensão é aquela que introduziu os direitos sociais, e assim transformou o Estado democrático e liberal em Estado democrático e social.

A terceira etapa, que está apenas em seu início e marca o debate sobre os direitos do homem nos tempos atuais, é aquela da sua *universalização*, que teve o seu ponto de partida na Declaração Universal dos Direitos do Homem: vale dizer, a transposição de sua proteção do sistema interno para o sistema internacional que pela primeira vez na história faz do indivíduo, naquela linha de pensamento individualista sobre a qual me detive há pouco, um *sujeito de direito internacional*, e lhe oferece a possibilidade – embora no estado atual das medidas concretas, mais hipotética do que real – de exigir justiça e uma instância superior contra o próprio Estado.

Gostaria ainda de acenar para uma quarta etapa, que só foi atingida nos últimos anos e à qual denominarei *especificação* dos direitos. A expressão habitual “direitos do homem” já não é suficiente. É demasiado

Não há como negar, por dispositivos de vinculação perpétua, a possibilidade de, diante de novas demandas sociais, ter-se a via da reforma do Texto supremo, para, acolhendo a necessidade que aflora, passar a determinar formas de condutas e regramentos sociais condizentes com a nova realidade factual.

Sendo um construído, todo e qualquer instrumento que viole ou impossibilite o recebimento de novas perspectivas, no cerne do sistema constitucional, será um meio de desrespeito aos direitos fundamentais.

Impossível estabelecer, o legislador constituinte originário, a gama exata daqueles direitos que são denominados fundamentais. Como demonstrado por Norberto Bobbio, este conjunto de direitos sempre estará em formação, devendo sim, para se ter uma Carta efetivamente democrática e eficaz na defesa dos direitos fundamentais, verificar-se, no corpo desta própria Constituição, a possibilidade da mesma ser alterada sempre que os cidadãos vislumbrem a necessidade de fazê-lo.

A doutrina divide, para fins estritamente didáticos, os direitos humanos em gerações. Assim, é possível verificar as conquistas e o caminho a ser percorrido. Mesmo que diferenciada em livros, em alguns aspectos, a divisão das gerações de direitos fundamentais é cristalinamente ilustrada pelas palavras de Etienne-Richard Mbaya:

---

genérica. Que homem? Desde o início foram diferenciados os direitos do homem em geral dos direitos do cidadão, no sentido de que ao cidadão podiam ser atribuídos direitos ulteriores em relação ao homem em geral. Mas uma ulterior especificação tornou-se necessária à medida que emergiam novas pretensões, justificadas com base na consideração de exigências específicas de proteção, seja em relação ao sexo, seja em relação às várias fases da vida, seja em relação às condições, normais ou excepcionais, da existência humana. Daí, em relação ao sexo, o reconhecimento de direitos específicos das mulheres; em relação às diferentes fases da vida, as particulares providências, sejam nacionais, sejam internacionais, para a infância e para os idosos; e relação às condições normais ou excepcionais, a particular atenção dirigida aos direitos dos enfermos, dos deficientes, dos doentes mentais, e assim por diante. Bata passar a vista pelo repertório das atividades realizadas pelas comissões internacionais que se ocupam dos direitos do homem para se dar conta dessa inovação. Sim, e verdade, trata-se de um fenômeno novo; mas, olhando bem, nada mais é que um desenvolvimento conseqüente da idéia original do indivíduo considerado em todos os seus aspectos como titular de direitos, ou seja, de pretensões que lhe devem ser reconhecidas, em relação à sociedade grande ou pequena, ou até mesmo grandíssima, da qual faz parte” (BOBBIO, Norberto. *Teoria*

Acabo assim de fazer a síntese das três gerações dos direitos humanos tornadas clássicas: a primeira, concernente aos direitos civis e políticos, dominada pela tradição e pela civilização ocidentais; a segunda, que é a dos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja emergência se dá com as revoluções russa e mexicana; a terceira, a dos direitos dos povos ou de solidariedade, refere-se ao direito à auto-determinação, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à informação que só pode se realizar por meio de um esforço solidário entre os diferentes atores individuais e coletivos, tanto no plano nacional quanto internacional<sup>59</sup>.

Esta compartimentação, bem aponta para a importância dos fatos e realidades na construção do Direito. As gerações de direitos fundamentais nada mais são que conquistas advindas das demandas sociais de determinados períodos históricos. Com as conquistas alcançadas, as Cartas posteriores às mesmas passaram a incorporar estas novas garantias e, assim, assegurar a evolução social.

Não sendo um dado fornecido, os direitos humanos não podem prescindir da possibilidade de mudança. Não é possível falar-se em alcance pleno do desenvolvimento social se a Constituição, que rege aquele determinado Estado, não prevê, em seu corpo, a via plena da alteração.

O Direito, como buscou-se estabelecer neste capítulo, não é, como afirmaria Hans Kelsen, apenas norma jurídica, mas sim uma equação que envolve outros aspectos e que, sem os quais, ter-se-á uma idéia não acabada desta ciência. A esta conclusão chegou Miguel Reale, que, com sua *Teoria Tridimensional do Direito*, formulou pensar fundamental, muito bem resumido nas palavras de Josef Kuns:

O Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores.<sup>60</sup>

A contribuição trazida por Miguel Reale, na contramão do pensamento kelseneano, em muito colaborou para a doutrina do Direito. Com sua teoria, conseguiu,

---

*Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos.* Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 481/483).

<sup>59</sup> MBAYA. Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas.* Artigo retirado da *Revista Estudos Avançados da USP – Universidade de São Paulo*. Publicação do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Volume II, n. 30, 1997, p. 33.

<sup>60</sup> REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 5 edição revista e reestruturada. p. 119.

o catedrático, unir o jurista ao filósofo e ao sociólogo, chegando, por meio desta integração, na essência desta tão complexa ciência.

Com efeito deve-se sublinhar que o próprio jusfilósofo austríaco, o qual, por meio de sua *Teoria Pura do Direito* destacava que o Direito pertence integralmente ao mundo do dever-ser não se devendo pensar juridicamente com base no que é ou acontece no mundo dos fatos (pois, para Kelsen, o mundo do dever-ser não deriva do ser e vice-versa), aduz:

Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência.<sup>61</sup>

Sendo um construído, o Direito e em especial os direitos fundamentais (base das Constituições, configurados pela necessidade de limitação dos poderes estatais com atenção voltada às demandas dos titulares do poder, o povo) nascem no seio das sociedades e advêm das relações que são formadas, dos costumes que são herdados e dos fatos que circundam estes universos<sup>62</sup>.

Não pode ser, então, o Direito, somente norma, mas sim um conjunto de fatores sociais, oriundo de valores desta mesma sociedade, que levam à normatização. Não são outras as palavras de Miguel Reale ao explicar sobre sua teoria:

Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato, como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a proteção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do

---

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 12.

<sup>62</sup> Bobbio sublinha: “Também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre os vários pontos de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica.

Essa multiplicação (já dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.” (*A Era dos Direitos*, p. 68)

Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor.(...)  
O Direito, repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores.<sup>63</sup>

Visto deste modo, o Direito sempre será um construído e deve permitir o recebimento dos novos valores que refletirão nas novas condutas e forjarão demandas de alteração das normas jurídicas existentes.

Absurdo pensar em uma estrutura constitucional que não permita, mesmo que parcialmente, a mudança, pelo simples fato de ignorar a essência, ora apontada, do Direito. Sem esta percepção, o sistema constitucional inevitavelmente irá ruir, pois, neste caso, somente pela ruptura institucional poderá a sociedade ver seus clamores atendidos.

#### 4. O BEM COMUM REPUBLICANO - A LEGITIMIDADE DAS CONSTITUIÇÕES MODERNAS

Fundamental para a continuidade do presente texto, estabelecer breve marco histórico para, situando o contexto desta obra, tornar mais clara a razão do pensar sobre o dilema entre as cláusulas pétreas e o princípio democrático. Neste tópico, assim, reservar-se-á espaço para a compreensão sobre a estrutura das modernas Constituições, demonstrando a pertinência e necessidade de discussão sobre o teor desta dissertação.

Como já vislumbrado anteriormente, a Constituição escrita como meio de criação racional do Estado, inspirado em um sistema pré-concebido, teve sua difusão na segunda metade do século XVIII com o triunfo da Revolução de 1789. Acertadamente sublinhou Norberto Bobbio sobre este momento histórico:

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano. Um grande historiador da Revolução, Georges Lefebvre, escreveu: 'Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução.' Entre os milhares de

---

<sup>63</sup> Op. cit., p. 119.

testemunhos sobre o significado ideal desse texto que nos foram deixados pelos historiadores do século passado, escolho o de um escritor político, ainda que ele tenha sido o primeiro a pôr em discussão a imagem que a revolução fizera de si mesma: Aléxis de Tocqueville. Referindo-se à primeira fase de 1789, descreve-a como ‘o tempo de juvenil entusiasmo, de orgulho, de paixões generosas e sinceras, tempo do qual, apesar de todos os erros, os homens iriam conservar eterna memória, e que, por muito tempo ainda, perturbará o sono dos que querem subjugar ou corromper os homens’.<sup>64</sup>

Com a Revolução Francesa e a conseqüente *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada pela Assembléia Nacional de 26 de agosto de 1789, o ângulo de proteção do homem é destacado, como se pode notar do texto da *Declaração*, já em seu artigo 1 (“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”). Desta feita, é desenhada a pretensão do Estado que objetiva modelar-se, tendo no primeiro plano a proteção dos direitos dos seres humanos.

A preocupação pela proteção dos direitos inatos dos seres humanos já havia surgido nos Estados Unidos (anteriormente à *Declaração de Independência*), nas letras constantes dos princípios afirmados na *Declaração de Direitos (Bill of Rights) de Virgínia*, votada em 12 de julho de 1776:

1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e segurança.
2. Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele.
3. O governo é e deve ser instituído para comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade. De todas as formas de governo, a melhor é aquela capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e que mais efetivamente ofereça garantia contra o perigo da má administração. Toda vez que algum governo for considerado inepto ou contrário a esses fins, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, modificá-lo ou aboli-lo, da maneira que julgar mais proveitosa ao bem-estar geral.<sup>65</sup>

Por seu turno, também neste mesmo sentido caminhou a *Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América*, reunidos em Congresso Geral datado de 4 de julho de 1776, ao destacar, em seus primeiros parágrafos:

---

<sup>64</sup> *A Era do Direitos*, pp. 85/86.

<sup>65</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a Legitimidade das ...*, cit., p. 45.

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados.<sup>66</sup>

Por fim, o artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* configura o que chama Fábio Konder Comparato de “ética de uma Constituição para os novos tempos”<sup>67</sup> ao estabelecer:

Art. 16. Toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

A Constituição, assim, passa a ser entendida como um documento de proteção dos direitos imemoriais dos cidadãos e não mais como um instrumento para meramente organizar o Estado com vistas à governabilidade. Este novo senso florescido com a queda do Antigo Regime, forneceu as bases para a formatação das modernas Constituições.

Na busca pelo desenho do melhor Estado para a fruição de seus direitos; desenvolvimento de suas vidas e relações; e alcance da felicidade, os cidadãos passaram a determinar as linhas mestras das Constituições.

Passa, assim, o espírito da república a ser a supremacia permanente e não abolível do bem comum do povo sobre todos os interesses<sup>68</sup>. As Constituições, nesta trilha, refletem essa busca da realização dos cidadãos, os quais devem ter, no texto constitucional, os instrumentos necessários para a mudança sempre que novas demandas surgirem. Não é outro o ensinamento de Comparato, acerca da legitimidade das Constituições modernas:

A normatividade das constituições republicanas é fundamentalmente teleológica: a comunidade como um todo – Estado e sociedade civil, reunidos

---

<sup>66</sup> Op. cit., p. 45.

<sup>67</sup> Op. cit., p. 46.

<sup>68</sup> Op. cit., p. 52.

solidariamente – deve atuar no sentido da construção de uma sociedade sempre mais justa, e não meramente garantir a conservação dos valores e instituições do passado.<sup>69</sup>

Resta então responder à pergunta sobre quem deve exercer a soberania ou o poder político supremo. Verificado que as Constituições modernas devem atuar no sentido da construção de uma sociedade justa e não na simples garantia dos valores e instituições do passado, a questão que fica é de **quem** seria esse poder político supremo.

Com a queda do absolutismo, passam as estruturas constitucionais a trazer como seus legítimos formuladores, o povo (por meio de seus representantes). Não são outras as orientações, por exemplo, dos princípios constantes (e já vistos) da *Declaração de Direitos de Virgínia*<sup>70</sup>.

A proteção do bem comum resta destinada ao próprio povo, o qual, como maior interessado no desenvolvimento e alcance da felicidade e realização, deve, sempre que vislumbrar a necessidade, reformar o texto constitucional de modo a garantir que as orientações maiores continuem a refletir esse objetivo supremo que é a justiça e realização social.

Quaisquer embargos que impossibilitem a alternativa de mudança de rumo, pelo povo, retiram do texto constitucional seu principal pressuposto, que é justamente o direito dos cidadãos ditarem as regras que determinarão a construção de suas vidas. Não é outra a posição defendida por Fábio Konder Comparato acerca do tema:

No regime democrático, como sabido, soberano é o povo. Mas importa preliminarmente entender, como frisou Rousseau, que soberania não se confunde com o exercício das tarefas de governo. Ela é, antes, um poder

---

<sup>69</sup> Op. cit., p. 53.

<sup>70</sup> 2. Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele.

3. O governo é e deve ser instituído para comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade. De todas as formas de governo, a melhor é aquela capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e que mais efetivamente ofereça garantia contra o perigo da má administração. Toda vez que algum governo for considerado inepto ou contrário a esses fins, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, modificá-lo ou aboli-lo, da maneira que julgar mais proveitosa ao bem-estar geral.

permanente e inalienável de controle (ou controlo, como preferem dizer os portugueses) das atividades de governo. Em uma macroempresa privada, os acionistas controladores podem não exercer tarefas de administração, mas jamais abrem mão do seu poder de: 1) fixar a política empresarial e as diretrizes gerais da atividade administrativa; 2) nomear e destituir a qualquer tempo os administradores; 3) fiscalizá-los e responsabilizá-los pelo descumprimento de seus deveres.

O mesmo deve ocorrer com o povo soberano em relação a todos os agentes públicos, em qualquer órgão do Estado que se encontrem.

As instituições próprias do regime democrático decorrem logicamente do princípio da soberania popular. Elas se organizam em uma harmônica combinação de representação do soberano nas tarefas de governo, com o poder decisório do povo.<sup>71</sup>

A soberania popular deve ser respeitada em sua essência, não podendo, por mecanismos forjados com a justificativa de proteção dos direitos dos cidadãos, ser diminuída, ou relegada a um princípio secundário. Analisada a legitimidade das Constituições modernas, necessário buscar, pelo estudo vertical do tema, a essência e o fundamento do poder que, incumbido da tarefa de forjar um novo Estado, demonstra-se como ponto de partida para a vida em um novo organismo social.

---

<sup>71</sup> Op. cit., p. 55.

## II – O PODER CONSTITUINTE

Não há dúvida que o ser humano é um ser social. A necessidade de agrupar-se com seus pares é realidade inegável e verificação empírica demonstrada com clareza se se tomar a história como objeto de estudo. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Tornou-se verdadeiro truísmo, em Ciência Política, a afirmativa de Aristóteles segundo a qual o homem é um animal social: ‘o homem é um animal cívico, mais do que as abelhas e outros animais que vivem juntos’. A verdade dessa proposição revela-se na necessidade, historicamente confirmada, de os homens se relacionarem entre si, a fim de criarem condições para expandir sua personalidade, na consonância do bem comum.

O próprio Estado deixou escrito que ninguém pode bastar-se a si mesmo, a menos que seja um deus ou um bruto; que uma inclinação natural leva todos os homens à sociedade política: ‘o homem é naturalmente feito para a sociedade política’. Investigações mais recentes, não obstante, provam que a sociedade política é fenômeno sociocultural, surgido em época bem mais avançada do desenvolvimento social da humanidade. Primeiro, houve, por largos séculos, uma organização meramente social do homem, sem que se pudesse vislumbrar, nesse período, um poder político, fenômeno cultural caracterizador das sociedades politicamente organizadas.<sup>72</sup>

A organização social, assim, é uma necessidade da própria essência do ser humano. Este fato natural fundamenta o surgimento do Direito, uma vez que, desta necessidade inata de agrupamento, nasce a demanda de criação dos parâmetros que irão nortear as relações sociais, forjadas deste convívio diário e constante. Nesta trilha, continua José Afonso da Silva:

A essência de qualquer sociedade dá-se pelo conjunto de relação entre os sócios (*relatio ad alterum*), que, juntos, convivem e coordenam para a realização de fins comuns, vínculo que também dá característica ao Direito, no seu sentido de entrelaçamento bilateral; todo o conceito de Direito envolve sua natureza entrelaçante: ‘coordenação objetiva dos atos possíveis entre diversos sujeitos (...)’, na concepção de Del Vecchio; ‘forma de querer entrelaçante’, na de Stammler; ‘conduta humana em sua interferência intersubjetiva’, segundo a teoria egológica de Cossio. Sentido de vinculação que identifica o Direito como um dos elementos da sociedade, e, por isso, nascido com ela, desenvolvendo-se com ela, ‘pois que vida humana não existe e não é possível se não no seio de uma sociedade, que, por sua vez, não é possível sem nexos e limitações jurídicas entre aqueles que a compõem’. E, de modo mais analítico,

---

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2006, pp. 13/14.

assim exprime Miguel Reale: ‘o conceito de Direito implica, outrossim, nos elementos do *Poder* (donde dizemos que é uma realidade *ordenada*, ou, por outras palavras, uma *ordenação*) assim como no de *sociedade*; é o Direito *vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência*. Temos, assim, de maneira geral, a sociedade como condição do Direito, a Justiça como fim último, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização.<sup>73</sup>

A sociedade nacional se organiza politicamente e dá nascimento a um Estado, verificada, por obviedade, a bagagem cultural que se traduz em ideais comunitários e símbolos da consciência grupal<sup>74</sup>. A organização dos seres humanos jamais poderá ser efetivada de modo desvinculado das circunstâncias presentes no momento criador do Estado. E este quadro, composto pela tinta forte da história daquele povo, será a referência maior para a construção dos regramentos que organizarão este grupo social.

Atentada a necessidade de agrupar-se em comunidades para o convívio e o desenvolvimento de suas virtudes, bem como para a proteção e mitigação de suas fraquezas, certo é que o ser humano deve buscar este agrupamento de modo organizado (organização social). Até porque, a desorganização social fatalmente fará ruir a comunidade em questão. Para tanto, regras são estabelecidas visando justamente esta harmonia social, formando-se, então, a idéia de Direito<sup>75</sup>.

Nas lições de Miguel Reale, a clareza se coloca:

Podemos, pois, dizer sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi

---

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de...*, cit., p. 15.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de...*, cit, pp. 15/16.

<sup>75</sup> Nas notas de Henri Lévy-Bruhl, ao buscar um conceito de Direito, importante lição depreende-se: “Nossa primeira tarefa consiste em definir o direito. Esta palavra apresenta vários sentidos. É preciso que escolhamos um, dentre eles. A etimologia, aqui, pouco nos auxiliará. A palavra ‘direito’, em francês (como em inglês, *right*; em alemão, *Recht*; em italiano, *diritto*, etc.), liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu um sentido moral e depois jurídico: o direito é a linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas.” (LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3).

Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas como regra ou comando, concebeu-o antes como 'realização de convivência ordenada'.<sup>76</sup>

O sistema normativo, conjunto de regras que forjará os limites e alcances das relações sociais, deverá sempre buscar a organização, a qual se dá pela harmonia, que, por sua vez, somente poderá ser alcançada se os fatores e circunstâncias sociais forem verificados. Ou seja, a organização social equilibrada, deverá, para a sua plena efetivação, perceber os fatores sociais que cercam a comunidade em questão, podendo, assim, fazê-los refletir nas regras sociais.

Analisando o que chamou de fatores da evolução do Direito, Henri Levy-Bruhl, cuidou de modo acurado desta questão, deixando para os estudiosos do Direito a importância de ater-se, sempre, à evolução social, quando se fala em organização do Estado:

A concepção sociológica do direito, tal como a expus nas páginas anteriores, representa-o como produto de múltiplas influências. Por ser a expressão das vontades do corpo social, tudo o quanto age sobre a sociedade repercute no direito. Sem dúvida, é interessante examinar brevemente se e em que medida os diferentes fatores atuam sobre o direito e fazem-no oscilar, à maneira de uma agulha imantada sob a ação de uma corrente elétrica. Indagaremos inicialmente quais são estes fatores e, em segundo lugar, como eles atuam.<sup>77</sup>

E trazendo um exemplo dos tempos modernos, destaca o autor:

Fatos deste gênero puderam ser constatados na época moderna, em decorrência da criação da grande indústria e do maquinismo, por volta do século XVIII. Ela determinou a Constituição de uma nova classe, enriquecida pela posse de capitais mobiliários e pelo enfraquecimento correlativo dos proprietários de terras. Daí o acesso da burguesia ao poder político, o que, por sua vez, acarretou profundas mudanças na ordem jurídica, especialmente a supressão dos privilégios e a proclamação da igualdade civil.<sup>78</sup>

Assim, os homens devem, tendo em vista a sua vocação de arremeter-se em comunidade, consideradas as circunstâncias de seu tempo, os fatores

---

<sup>76</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 27 edição ajustada ao novo Código Civil, 4 tiragem, 2004, p. 2.

<sup>77</sup> LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito...*, cit., p. 79.

<sup>78</sup> LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito...*, cit. p. 81.

herdados e a pretensão futura para alcance da justiça e paz social, estabelecer os parâmetros para o convívio em comunidade.

Com o ingresso na modernidade e a inclusão do povo nos caminhos decisórios da nação, as Constituições passaram a ser o instrumento apto para estabelecer, em seu âmago, os ditames das sociedades. A questão é, justamente, quem estabelece este documento? Qual poder tem esta incumbência criadora?

O Abade Sieyès (Emmanuel Joseph Sieyès, 1748-1836), inspirador da Revolução Francesa, em sua obra *Que é o terceiro Estado?* trata desta problemática, passando para a história do Direito Constitucional, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como o autor da doutrina do Poder Constituinte<sup>79</sup>. Em discursos proferidos na Assembléia Nacional Francesa, bem como em vários outros escritos, as idéias de Sieyès sobre este Poder inicial podem assim ser resumidas:

Entende ele que todo o Estado tem uma Constituição, entretanto – e aqui entra o *pacto* –, é obra de um Poder, o Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede, necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes.<sup>80</sup>

O Poder Constituinte, então, surge como a força criadora do ordenamento constitucional, regramento maior do Estado, e a este, obviamente, é anterior. O titular deste Poder, estabelece Sieyès, é a *nação*. Merece destaque, assim, este aspecto trazido por Sieyès, pela distinção que faz o abade de *nação* e *agrupamento de homens*. Nas cristalinas palavras de Manoel Gonçalves, ao analisar os ensinamentos de Sieyès, a questão é explicada:

Que é *nação*, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, *nação* não deve ser confundida com o conjunto de homens que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele, a *nação* encarna a permanência de uma comunidade; é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da nação aos interesses que os homens possam ter num determinado momento. Há interesses de uma comunidade que não se resumem nos interesses dos homens que em

---

<sup>79</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 4 edição, revista, atualizada e ampliada. p. 12.

<sup>80</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte...*, cit., p. 13.

determinado instante a compõem, e pode mesmo haver contradição entre as duas ordens de interesses. O Poder Constituinte, portanto, pertence à *nação*, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a comunidade.

O Poder formador do Estado, assim, é, para Emmanuel Sieyès, de titularidade da *nação*. A importância dos ensinamentos de Sieyès está justamente na distinção que ele faz entre a vontade popular momentânea e o sentido maior de Constituição. A vontade popular não é descartada por Sieyès. Muito pelo contrário, as lições do padre dão ainda mais força à importância do povo na formação do Estado. Isto pois, Sieyès retira da idéia de “vontade popular verificada as circunstâncias históricas”, um sentido maior, ou seja, o titular do Poder Constituinte é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade (a *nação*<sup>81</sup>). Com esta figura, possível é verificar a importância do momento criador, não permitindo que interesses particularizados colaborem na fundação do Estado.

Organiza-se assim o Estado moderno. Com a intenção de estabelecimento de regras para o alcance da paz e justiça social, a *nação*, titular do Poder Constituinte, orientará os moldes pelos quais deverão guiar-se Estado e cidadãos, em suas relações sociais. Feita a breve introdução sobre este Poder, resta analisar, mais detalhadamente, as características que cercam o mesmo.

## 1. SURGIMENTO E ESSÊNCIA

A existência de um Poder que forja uma Constituição, delimitando parâmetros iniciais que servirão de norte para as relações sociais a serem estabelecidas no âmago de uma comunidade, coincide com o surgimento da concepção de

---

<sup>81</sup> A este respeito, anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Mas que é *nação*? A *nação* pode ser caracterizada e encarada de modos muito diferentes. Pode ser encarada, por exemplo, como uma realidade sociológica que apresenta determinados característicos. Mas não é essa *nação*, realidade sociológica, que propriamente preocupa Sieyès; não é essa realidade sociológica que é para Sieyès a detentora desse supremo poder e do Poder Constituinte. Para Sieyès, *nação* é um termo empregado para que não se use da palavra povo. O aspecto fundamental do pensamento de Sieyès, nesse ponto, é a distinção entre *nação* e povo. Povo, para ele, é o conjunto dos indivíduos, é um mero coletivo, uma reunião de indivíduos que estão sujeitos a um poder. Ao passo que a *nação* é mais do que isso, porque a *nação* é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 23).

Constituição como documento escrito, mais especificamente no século XVIII<sup>82</sup>. E esta construção, por sua vez, foi tão-só aperfeiçoada, chegando, com o advento das revoluções do século XVIII, à idéia de texto escrito. O berço desta estrutura encontra-se ainda na Antigüidade, momento onde já havia a distinção entre as leis que estruturavam a organização política, fixando regras de organização do governo, e os demais regramentos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com acerto, já destacava:

No direito público ateniense – e citamos Atenas porque foi indubitavelmente, um dos principais focos de cultura da Antigüidade, se não o principal – havia a idéia de que certas leis, concernentes à própria estrutura da cidade-estado, as que estabeleciam a cidadania, e, pois, que dispunham sobre quem tinha o poder de participar das assembleias, as atinentes aos órgãos de governo do governo etc., eram superiores às demais e superiores às deliberações dos Poderes nela previstos (que modernamente chamamos de *poderes constituídos*) e às magistraturas, como diziam os autores antigos. A superioridade de tais leis, em Atenas, era garantida por um verdadeiro antecedente da ação direta de inconstitucionalidade, aparentemente uma criação do Direito Constitucional moderno. Por meio de uma ação – a *graphe paranomon* – podia-se impugnar a criação de leis que contradissem aquelas normas tidas por fundamentais, concernentes à estrutura fundamental da cidade-estado ateniense.<sup>83</sup>

Na França, por sua vez, teve extraordinária importância a *doutrina das leis fundamentais do reino*. Aludida doutrina, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi construída por legistas franceses, tendo por objetivo infirmar a validade de certos atos praticados pelos monarcas, especialmente as concessões que os monarcas derrotados nos campos de batalha faziam em prejuízo do que, pode-se dizer, anacronicamente, a nação<sup>84</sup>. De acordo com tal doutrina, era possível declarar nulos atos ou acordos que eram considerados lesivos, isto porque, estes atos infringiriam um corpo de leis que estaria acima do poder do monarca, desrespeitando, desta forma, as *leis fundamentais do reino*.

---

<sup>82</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona a este respeito: “A idéia de existência de um poder que estabelece a Constituição, ou seja, que estabelece a organização fundamental de um Estado, distinto dos estabelecidos pela Constituição, não obstante encontre raízes remotas na Antigüidade, surge tão-só no século XVIII, associado à idéia de Constituição escrita” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 3).

<sup>83</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 4.

<sup>84</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 5.

A doutrina pactista medieval também teve grande contribuição para a formação da idéia de Poder Constituinte. Alguns autores medievais trazem como base do governo, à época, o acordo dos governados. Assim, o consentimento (*pactum subjectionis*), tacitamente manifestado, era a fonte do poder político, destacando Manoel Gonçalves, que:

Na idéia do *pactum subjectionis* também já vemos um passo a caminho da formação do Poder Constituinte, porque nela já reponta a vontade dos homens como criadora da vontade política e, pois, do Estado.<sup>85</sup>

Por fim, como principal e mais próximo instrumento influenciador da idéia de Poder Constituinte, tem-se a doutrina do pacto social, elaboração que se desenvolve a partir do século XVI, ganhando, nos séculos XVII e XVIII, a sua força e destaque sabidos e tendo, nas figuras de Hobbes (no *Leviatã*, de 1651), Locke (no *Segundo Tratado sobre o governo civil*, da última década do século XVII) e Jean-Jacques Rousseau (no *Contrato Social*, de 1762) seus maiores expoentes.

Basicamente, a idéia cerne de todas as doutrinas do pacto social encontrava-se na assertiva de que a sociedade deve ser entendida como fundada em um acordo (contrato) entre todos os homens<sup>86</sup>. Apesar de um objeto comum, as doutrinas elaboradas pelos autores mencionados serviram para diferentes justificativas, ficando os estudos de Rousseau como fonte de uma das interpretações da democracia, e, por este motivo, tratada com maior destaque no corpo desta dissertação.

---

<sup>85</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 6.

<sup>86</sup> Nas palavras de Manoel Gonçalves: “Os autores que defenderam essa tese não eram tão simplórios para supor que houvera uma reunião efetiva, concreta, uma convocação de Assembléia Geral para a criação da sociedade humana. O que eles defendiam e ensinavam é que a sociedade só podia ser concretamente entendida se se supusesse que ela derivava de um acordo entre os homens, contrato livremente consentido entre eles, portanto, um contrato cujas cláusulas não haveriam de ser prejudiciais a nenhum dos homens. É certo que os autores que tratam desse tema, as figuras salientes dessa doutrina, se distinguem, e muito, quanto à fundamentação do contrato social. Mas neles havia esta idéia em comum: a sociedade só podia ser concretamente entendida se supuséssemos que ela deriva do acordo livre entre os homens.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 7).

Justamente pautados na doutrina de Rousseau, a qual, mesmo que implicitamente condenava as instituições que então prevaleciam na França, na Europa<sup>87</sup>, que pensadores ligados à mesma corrente sustentaram a necessidade de se refazer o *pacto social*. Surge, nesta trilha, a idéia de Constituição, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Essa idéia de se refazer o contrato social imediatamente se liga à idéia de Constituição: a Constituição escrita seria o instrumento pelo qual se renovaria o pacto social e se estabeleceria, de forma legítima, o governo respeitoso da liberdade, respeitoso dos direitos, o governo em que a vontade geral tivesse a última palavra.<sup>88</sup>

Justificando esta idéia de Constituição é que se forma a doutrina do Poder Constituinte, estabelecida, como já analisado, por Emmanuel Joseph Sieyès.

Serve assim, o Poder Constituinte, como forjador do Estado, onde se organizará a sociedade de onde adveio este Poder. A idéia de criar um novo Estado concede ao entendimento sobre o Poder Constituinte um caráter de ilimitação inato à própria vontade daqueles que, em uma democracia, determinarão como será constituído este Poder. Ou seja, ao se formar um grupo que instituirá um Estado, que dará suas formas e limites, estabelecendo um conjunto de regras supremas que deverão, por todas as demais regras, ser observado, está-se fornecendo a este Poder vontade ilimitada, uma vez que o Estado a ser formado juridicamente não existe.

Mas a questão que se deve enfrentar é se este Poder Constituinte, na prática, realmente tem um poder ilimitado, se pode ele tudo em sua função criadora. A análise da própria doutrina sobre o tema já demonstra a dificuldade de se responder a este questionamento. De acordo com Carlos Ayres Britto, ao pensar sobre o tema:

O desdobramento de idéia que nos esforçamos por transmitir é simplesmente este, **a onipotência não é só o poder de tudo poder. É também o poder de não deixar que outro poder tudo possa.** É, a um só tempo, **onipotência e**

---

<sup>87</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 9.

<sup>88</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 9.

*unipotência*. Poder único, absolutamente inconvivível com outro poder de igual ontologia. Deus, na Sua onipotência, *está condenado à solidão*. É próprio do Ser onipotente, portanto, primeiramente, permanecer como a força que tudo pode, secundamente, existir em absoluta solidão. Não há como duas ou mais onipotências ocuparem o mesmo espaço, e por isso voltamos a ajuizar que a natureza de Deus está em ser o poder que tudo pode, menos deixar de tudo poder. Nem de forma direta, nem pela convocação de um êmulo, um sósia, um *clone*, enfim.<sup>89</sup>

A essência deste Poder criador tem, claramente, as suas limitações, mesmo que implícitas, trazidas pelas próprias circunstâncias que o emolduram. Carlos Ayres Britto, fazendo analogia entre Deus e o Poder Constituinte, assevera que “a onipotência não é só o poder de tudo poder. É também o poder de não deixar que outro poder tudo possa”. Ora, se o poder que institui um Estado tem todo o poder, deveria este não ter qualquer tipo de limitação, restando, assim, equivocada a assertiva de Carlos Ayres Britto, uma vez que tudo podendo, poderia também este poder deixar que outro tudo pudesse, fato que, na origem, poderia gerar problemas de ordem técnica<sup>90</sup>.

Não só na contradição da doutrina verificada, quando discutida a limitação ou ilimitação do Poder Constituinte, que é possível notar que parâmetros inevitavelmente contornam sua atuação.

Jean-Louis Bergel, em sua *Teoria Geral do Estado*, ao analisar o tempo como fator de evolução e continuidade do Direito, já assegurava:

Observa-se com muita justeza que ‘o direito, se quer exercer sua missão de mediação, necessita de tempo, tanto no sentido da duração necessária para a reflexão quanto no sentido de pôr em perspectiva e tomar recuo, os únicos meios de levar em conta uma história social de longo prazo. Quando o tempo jurídico se reduz ao curto prazo ou se deixa prender na arapuca do instantâneo, torna-se, ao contrário, aleatório e contingente... À amnésia acerca do passado acrescenta-se então a miopia acerca do futuro; reina sozinha, soberana, a

---

<sup>89</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, cit., p. 17.

<sup>90</sup> Com relação ao pensamento de Carlos Ayres Britto, importante também trazer posição de Rogério Soares, que rebate frontalmente os ensinamentos de Carlos Ayres, ao dispor: “A teoria clássica do poder constituinte foi concebida para fazer face à teoria do direito divino dos reis e por isso também o apresenta sem limites. Mas hoje – na medida em que se aceita que o Estado não é mera organização do poder, mas a tensão por uma racionalidade substancial que conduza à limitação do poder – acredita-se em que as ‘magnas latrocinia’ de que falava Santo Agostinho ‘não são Estados, nem a simples regra técnica base da sua eficácia é uma Constituição’. Daí, ‘limites transcendentais’, que põem em causa ‘o dogma do absolutismo do poder constituinte’”(MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1 edição, 3 tiragem, 2005, p. 376)

atualidade. Privada de recordação e de projeto, desprovida de remorso e de esperança, a sociedade vive o dia-a-dia.<sup>91</sup>

Na realidade, há muitas maneiras de compreender que o direito é completamente determinado pela evolução histórica ou, ao contrário, limitar-se a constatar que a ordem jurídica comporta, dentre outras, uma dimensão histórica na medida em que está sujeita ao cunho do passado.<sup>91</sup>

Aqui, talvez, resida a maior limitação do Poder Constituinte, o *tempo*<sup>92</sup>.

Ao se determinar a construção de um novo Estado, o momento em que tal decisão é tomada é fundamental, pois é o momento de quebra com o antigo e criação do novo. Sem a verificação do passado e a preocupação de responder às demandas sociais do presente com vista no futuro, o documento a ser forjado de nada valerá, e o Estado a ser construído, logo se dissolverá. Não são outros os ensinamentos de Jorge Miranda:

Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adopta um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de ‘viragem histórica’, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas *a priori*; somente podem ser apontados os resultados típicos – a formação de um Estado *ex novo*, a sua restauração, a transformação da estrutura do Estado, a mudança de um regime político.

Poder constituinte equivale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo, nessas circunstâncias. E nele consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), porquanto soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico<sup>93</sup>

Ao se escolher entre um ou outro rumo, está, o Poder Constituinte, sempre, valendo-se de instrumentos que permitem esta opção. Mas quais elementos seriam estes? Nada mais são que todas as circunstâncias históricas passadas, que fizeram ruir a antiga estrutura jurídica, formando novas demandas que deverão, por sua vez, ser respondidas, mas com o olhar no futuro. Esta a limitação deste Poder originário.

Não há como negar que o Poder Constituinte sempre estará condicionado a fatores característicos da sociedade de onde proveio. Contudo, o que se destaca é que não só o passado e os interesses presentes devem orientar os regramentos a serem criados por este Poder inaugural, mas, principalmente, o futuro deve ser percebido.

---

<sup>91</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1 edição, 2001, p. 139.

<sup>92</sup> Para Jorge Miranda, trata-se de uma *limitação imanente*. (MIRANDA, Jorge. Op.cit., p. 377)

<sup>93</sup> MIRANDA, Jorge. Op .cit., p. 358.

Como bem atenta Jorge Miranda, não é a todo momento que uma comunidade adota uma nova estrutura constitucional. Muito pelo contrário, esta opção se dá em períodos de ruptura, ou como denominou o autor, de “viragem histórica”. Esta observação dá o tom de uma das principais características dos sistemas constitucionais que é a durabilidade de seu documento.

Não há como se pensar em uma estrutura constitucional fadada à breve vida. As Constituições devem, por essência, nascer com a vocação de perpetuidade no tempo. E o motivo é simples. Os sistemas constitucionais, como formadores do Estado, devem garantir que, criado este Estado, mecanismos garantam que as principais regras sociais não venham a ser alteradas (em seu todo), pois neste caso, obrigatoriamente estar-se-ia diante da necessidade de formação de um novo Estado, e, por conseguinte, novas regras supremas seriam moldadas, as quais trariam, para os cidadãos, novas realidades sociais a serem percebidas.

Por isto a importância deste momento de fundação. Uma Carta constitucional, advinda da atividade displicente ou arrogante de um Poder Constituinte que não verifique a necessidade de analisar e moldar-se a todo o manancial de experiências passadas, demandas presentes e evoluções futuras, certamente estará condenada a uma sobrevida de pouco tempo e condenará, inevitavelmente, toda uma sociedade e suas gerações, as quais, sem a segurança jurídica concedida pela garantia de durabilidade da Carta suprema, nada poderão construir, ou melhor, nenhuma garantia terão de que as bases para o desenvolvimento de suas atividades serão respeitadas.

A essência da Constituição, assim, dá o tom da essência do Poder que a constitui. O Poder Constituinte deve ter na diligência a sua principal característica. Diligência de olhar ao redor e pensar o tempo. O tempo passado, o tempo presente e o tempo futuro. Diante do dinamismo da vida social, as Constituições devem nascer abertas. Com a experiência do passado e a atenção ao presente, jamais poderão as Cartas constitucionais se esquecer de olhar para frente, instituindo um Estado preparado para enfrentar as mudanças, garantindo assim a vida da Constituição, mesmo diante dos novos cenários sociais que, inevitavelmente, surgirão.

Nesta esteira, precisas as palavras de Bergel:

Não podemos limitar-nos, como Kelsen, a uma ‘teoria pura do direito’, depurada de qualquer ideologia política e de qualquer consideração de sociologia, de moral, de direito natural... O direito, encadeamento de regras hierarquizadas na organização jurídica, seria, segundo ele, uma disciplina autônoma. Mas o próprio Kelsen reconhecia que, ao lado dessa ‘ciência do direito’, o estudo da ‘política jurídica’ seria útil para determinar ‘como deve ser ou ser feito’. Não se pode então desinteressar-se das causas, das origens do direito atual para lhe apreciar a qualidade, explicar-lhe o significado, controlar-lhe a aplicação, prever-lhe a evolução. Ora, na base da construção de uma ordem jurídica, existe um ‘dado’, uma realidade jurídica anterior, que impõe estudar o direito à luz de seus desenvolvimentos históricos.<sup>94</sup>

## 2. O ALCANCE DA ATIVIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Como função precípua, deve o Poder Constituinte delimitar os moldes e previsões da Constituição de um Estado. Com esta atribuição, este Poder acaba por forjar a condução de todas as relações sociais que se darão no Estado que cria. Assim, aos cidadãos que convivem no seio de uma sociedade organizada por uma determinada Constituição, em uma visão positivista, resta a obediência e atenção aos comandos legais ali instituídos<sup>95</sup>.

Desse modo, criado um Estado pelas linhas de uma Constituição, deverão todos os demais atos observância total à referida Carta suprema.

Nos regimes democráticos, aos indivíduos (no exercício pleno da liberdade), neste ato fundador do Estado, cabe o direito de decidir sobre o seu próprio destino, de organizar a vida social que irão desfrutar de modo livre e aberto. Enfim, de estabelecer os parâmetros que ditarão as relações em comunidade. Este o fundamento jusnaturalista do Poder Constituinte, que estabelece esta subsunção aos mandamentos presentes na Constituição. Esclarece Manoel Gonçalves:

---

<sup>94</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*, cit., p. 140.

<sup>95</sup> A esta posição positivista, apoiada em um pressuposto lógico-transcendental, tem-se a tese jusnaturalista, segundo a qual: “o direito não se resume ao direito positivo. Há um direito que não se confunde com o direito positivo. Esse direito é, *grosso modo*, o que resulta da natureza humana. É o chamado direito natural” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p.55).

Ora, se cada homem tem o direito natural de liberdade, ou, se cada homem tem o direito natural de governar a sua própria vida, todos os homens têm, igualmente, o direito natural de autodeterminar a sua vida coletiva, portanto, de estabelecer as instituições a que se vão sujeitar, como, conseqüentemente, de mudar de instituições sempre que isso lhes pareça conveniente ou adequado. Assim, dentro da tese jusnaturalista, a liberdade é o fundamento do Poder Constituinte; a liberdade, direito natural, é a base do Poder Constituinte.<sup>96</sup>

Desta feita, o exercício, pelos indivíduos, da liberdade, como meio hábil para a criação harmônica de uma sociedade fundada na intenção de resposta às demandas surgidas no seio desta própria comunidade, que permitirá a inauguração de um Estado pautado na busca pela justiça e pelo desenvolvimento sociais.

Contudo, criado o Estado e efetivada a atividade do Poder Constituinte (de se estabelecer os parâmetros legais que conduzirão as relações sociais), dar-se-ia por completa a existência deste Poder, extinguindo-se o mesmo? A resposta, por óbvio, é negativa. Assim como a liberdade permanece sempre com os cidadãos, a possibilidade de se criar um novo Estado também os acompanha<sup>97</sup>.

O Poder Constituinte, em um regime democrático, como instrumento renovador e recriador da estrutura estatal, convive conjuntamente com a liberdade dos cidadãos. É componente, este Poder, da liberdade dos homens. Sem a possibilidade de escolha, de autodeterminação, falar-se-ia em menos liberdade e, por conseguinte, em embargos aos direitos fundamentais dos seres humanos.

As conquistas obtidas principalmente após as revoluções ocorridas no fim do século XVIII (como mais detalhadamente se verá no seguir deste estudo), coroadas com a chamada reconstrução dos direitos humanos, que adveio com o término

---

<sup>96</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., pp. 57/58..

<sup>97</sup> Não são outras as palavras de Manoel Gonçalves ao tratar do tema: “Na verdade sempre se ensinou que o Poder Constituinte não desaparece uma vez estabelecida uma Constituição. E pode o Poder Constituinte reaparecer para estabelecer outra constituição. Mas nem sempre há o trabalho de se sublinhar o porquê. O Poder Constituinte sempre sobrevive à edição de Constituição porque ele é uma forma de liberdade. Ora, do mesmo modo que a liberdade individual não se esgota num ato livre, um ato de liberdade não esgota a liberdade, mas a liberdade persiste, manifestando-se sucessivamente, também o Poder Constituinte não se esgota numa Constituição. O Poder Constituinte Originário, portanto, subsiste após a edição da Constituição, e fora da Constituição, não dentro da Constituição. Dentro da Constituição, pode haver um poder de modificação da Constituição, que é o Poder Constituinte de revisão, cujo estudo será feito adiante. Mas este somente existe com base na Constituição. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 58).

da Grande Guerra, concederam à liberdade dos indivíduos grau maior e importância fundamental para a justificativa da própria existência humana. Nesta trilha, a possibilidade de se autogovernar, com a determinação de parâmetros organizacionais, deve fazer parte da estrutura de liberdade inerente aos seres humanos.

John Rawls, pensando uma organização extremamente idealizada de sociedade bem-ordenada, lecionava:

Afirmo que, para a justiça como equidade, a idéia fundamental da sociedade, enquanto sistema equitativo de cooperação ao longo das gerações, desenvolve-se em conjunção com duas outras idéias a ela associadas: a idéia dos cidadãos como pessoas livres e iguais e a idéia de uma sociedade bem-ordenada como uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção política e pública de justiça. Tendo discutido a primeira destas idéias associadas, discuto agora a segunda.

Dizer que uma sociedade é bem-ordenada significa três coisas: a primeira (e isto está implícito na idéia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (implícita na idéia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica – isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação – está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Numa sociedade assim, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas.<sup>98</sup>

Resume com primor, John Rawls, a fórmula para o alcance de uma sociedade onde a justiça social possa ser conquistada, com foco no desenvolvimento social. Mesmo sendo uma composição teórica por extremo idealizada (como o próprio autor sublinha), principalmente pela pressuposição de existência de indivíduos efetivamente livres e iguais, serve o ensinamento de Rawls para guiar a atividade de formação e efetivação do Poder Constituinte e a conseqüente verificação do alcance deste exercício, para os cidadãos.

Deve assim, o Poder Constituinte, surgir no seio desta estrutura. Composto pela escolha consensual de indivíduos livres e iguais, de determinada

---

<sup>98</sup> RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2 edição, 2 impressão, 2000. pp. 78/79.

comunidade, com o objetivo de concepção de uma estrutura política pública de justiça, onde todos aceitem os mesmos princípios de justiça, restando esta organização social concorde com os princípios básicos de justiça eleitos, e tendo os cidadãos o senso efetivo de justiça. Lembrando por fim, como destaca Rawls, que qualquer concepção de justiça que não conseguir ordenar a contento uma democracia, é inadequada como concepção democrática<sup>99</sup> e, neste caso, toda a forma apresentada pelo autor cai por terra, pois não há que se falar em plena liberdade em estruturas não democráticas.

Formado este consenso, com fim último de alcance da justiça e desenvolvimento social, poderá ser estabelecida uma estrutura normativa onde, dentro da diversidade advinda das idéias heterogêneas, existentes em qualquer agrupamento social, conviva-se com uma concepção forjada de justiça, a partir da qual todo e qualquer membro daquela comunidade deverá submeter-se<sup>100</sup>.

A pergunta que resta ser respondida para a justificação do Poder Constituinte e a submissão dos cidadãos aos ditames trazidos pelo resultado final da atividade deste Poder é: Como criar este consenso constitucional?

Pois bem, como poderia, em um regime democrático, onde liberdades fossem garantidas e as igualdades, formal e material, fossem almeçadas como fim último para o alcance da justiça e desenvolvimento social, ser estabelecidos parâmetros para a formação e orientação deste Poder inaugural de um Estado?

Encontra-se esta resposta no bem-estar da população. Ou seja, as demandas dos indivíduos, com o fim último de busca da felicidade e realização individual e coletiva, acabam por ser a chave que abre a porta para o início da atuação do Poder Constituinte.

---

<sup>99</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 79.

<sup>100</sup> Importante as palavras de John Rawls, sobre este aspecto: “Finalmente, um terceiro fato geral é que um regime democrático duradouro e seguro, não dividido por tendências doutrinárias conflitantes e classes sociais hostis, deve ser apoiado, voluntária e livremente, ao menos por uma maioria substancial de seus cidadãos politicamente ativos. Junto com o primeiro fato geral, isso significa que, para servir de base pública de justificação de um regime constitucional, uma concepção política de justiça deve ser uma concepção que possa ser endossada por doutrinas abrangentes e razoáveis, muito diferentes e opostas.” (RAWLS, John. Op. cit., p. 81).

A partir da percepção dos desejos e anseios sociais é que forja-se este Poder, o qual, como elemento da liberdade dos indivíduos, representa (em comandos legais) os meios e instrumentos para a realização destas pretensões comunitárias. O Poder Constituinte, assim, deverá refletir esta busca e, realizando esta intenção, conceder à comunidade em questão, por meio de princípios (agrupamento de valores) e regras, um instrumento que estruture a forma de agrupamento social, bem como que asfalte a estrada para o caminhar tranqüilo de seus indivíduos, verificada toda a complexidade social que forma o caldeirão heterogêneo de necessidades individuais e coletivas. Nas palavras acertadas de John Rawls:

É possível que os cidadãos avaliem primeiro o bem que estes princípios trazem, tanto para eles próprios quanto para aqueles que amam, assim como para a sociedade em geral, e, depois os endossem com base nisso. Se, mais tarde, for percebida uma incompatibilidade entre os princípios de justiça e suas doutrinas mais amplas, é bem possível que ajustem ou revisem essas doutrinas, em vez de rejeitar aqueles princípios.<sup>101</sup>

E este bem-estar, sentimento maior de realização, não é o bem-estar individual, mas sim o de toda coletividade<sup>102</sup>, verificadas, é claro, as diferenças individuais que incrementam a realidade social. Deve então, o Poder Constituinte, ser formado a partir da construção de entendimento em torno dos valores de cada comunidade, os quais, inevitavelmente, nos parece, terão como expressão última, em uma democracia onde as liberdades sejam plenamente realizáveis, a busca pela justiça e desenvolvimento social, como meio único para o alcance da felicidade. É o que pregava John Stuart Mill (1806-1873), na esteira Jeremy Bentham (1748-1832):

Resulta das considerações precedentes que, na realidade, não há nada que se deseje exceto a felicidade. Tudo aquilo que é desejado sem ser como meio para algum fim distinto e, em última análise, como meio para a felicidade, é desejado como parte da felicidade, e não é desejado por si mesmo até que

---

<sup>101</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 207.

<sup>102</sup> De acordo com John Stuart Mill: “Insisti neste ponto por ser parte necessária de uma concepção plenamente adequada da Utilidade ou Felicidade, considerada como a regra diretora da conduta humana. Mas essa parte não é, de forma alguma, uma condição indispensável para a aceitação do critério utilitarista. Pois esse critério não é o da maior felicidade do próprio agente, mas o da maior felicidade geral; e se é possível duvidar que um caráter nobre possa ser sempre o mais feliz por sua nobreza, não pode haver dúvida de que ele torna outras pessoas mais felizes e de que o mundo em geral ganha imensamente com isso. (MILL, John Stuart. *O Utilitarismo*. Traduzido por Alexandre Braga Massela. São Paulo: Iluminuras, 2000, p. 35).

chegue a ser parte desta. Aqueles que desejam a virtude por si mesma a desejam, seja porque a consciência de possuí-la proporciona prazer, seja porque a consciência de sua carência é dolorosa, se ainda pelas duas razões reunidas; porque, na realidade, o prazer e a dor raramente existem separados, mas quase sempre juntos, sentindo a mesma pessoa prazer por ter alcançado certo grau de virtude e dor por não ter alcançado um grau maior. Se ela não sentisse nem esse prazer nem essa dor, não amaria nem desejaria a virtude, ou a desejaria apenas pelos outros benefícios que pudesse proporcionar-lhe, seja a ela própria, seja às pessoas a quem estimasse.

Temos agora, portanto, uma resposta para a questão sobre o tipo de prova a que é suscetível o princípio da utilidade. Se a opinião que acabei de formular é psicologicamente verdadeira – se a natureza humana é constituída de forma a não desejar nada que não seja, ou uma parte da felicidade, ou um meio para esta -, não temos nem necessitamos de outra prova para sustentar que são essas as únicas coisas desejáveis. Se é assim, a felicidade constitui o único fim da ação humana e sua promoção a pedra de toque pela qual se julga toda a conduta humana; daí se segue, necessariamente, que a felicidade deve ser o critério da moral, já que a parte está incluída no todo.<sup>103</sup>

Ao se inaugurar um Estado, inevitável que o Poder que o constituirá, mesmo que inconscientemente, verifique estes fatores que motivam, em uma comunidade, a intenção de se estruturar uma nova organização social. Daí entender-se que este Poder sempre será limitado por estas pretensões e demandas sociais que terão como fim último a realização de um Estado justo como meio para o alcance da felicidade de todos os cidadãos.

Este momento de ruptura, onde termina um Estado e se inicia um novo, com a atividade do Poder Constituinte, tem importância fulcral, pois delimitará toda a existência social, durante o período em que perdurar a Constituição elaborada. Os valores optados, assim, pelo pacto social formado, deverão vincular todas as relações e escolhas sociais.

A complexidade deste momento de formação de um novo Estado, onde devem ser levadas em consideração todas as variantes levantadas, bem como todas as diversidades existentes no seio social, não pode ser desperdiçada com a construção de estruturas inflexíveis. Vinculando gerações futuras e relações ainda não verificadas, a Constituição (instrumento regulador do Estado formado) deve, em seu corpo, ter espaço para o novo, para a solução de demandas impensáveis, de modo que os cidadãos possam, neste novo Estado que se apresenta, desenvolver seus talentos e pretensões com

---

<sup>103</sup> MILL, John Stuart. *O Utilitarismo*. Op. cit., p. 65.

a segurança jurídica que terão respostas, no Estado atual, às necessidades e realidades novas que demandem respaldo protetivo.

O dinamismo das relações existentes em uma sociedade deve ter como segurança um texto constitucional que permita verificar essas mudanças e acolha-as em seu corpo. Do contrário, ter-se-á que fazer uma escolha, certamente indesejável, entre a ruptura com os modelos constitucionais presentes, ou a ignorância das regras positivadas.

Esta problemática intriga e instiga a melhor doutrina, representada muito bem nas palavras precisas de José Eduardo Faria:

Neste contexto altamente cambiante, o direito positivo – tal qual tem sido entendido convencionalmente, como ordenamento jurídico do Estado-nação – passou a enfrentar um dilema cruel: se permanecer preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e, por fim, de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado, e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso se deixe seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver comprometida sua identidade sistêmica e, como consequência, de terminar desfigurado como referência normativa. De que modo sair deste impasse? Por quanto tempo mais o direito positivo pode persistir nessa situação dilemática, uma vez que muitas das condições sociais, políticas, econômicas e culturais que lhe deram origem já desapareceram ou estão em fase de desaparecimento?<sup>104</sup>

E continua o autor:

Esta indagação abre caminho para várias outras. Que tipo ou modelo de direito, afinal, estaria apto a dar conta de tanta mutação, de tanta complexidade e de um sem-número de situações ainda não inteiramente estruturadas ou sedimentadas?<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros. 1 edição, 4 tiragem, 2004, p. 9.

<sup>105</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada...*, p. 9.

Esta talvez a maior missão do Poder Constituinte, qual seja, buscar a fórmula para que conceda à Constituição um caráter de durabilidade que forneça aos cidadãos a necessária segurança jurídica para o desenvolvimento de suas relações e o alcance da paz social. Mesmo perpetuando-se, no corpo da liberdade, como um instrumento a ser utilizado sempre que assim for necessário, certo é que este Poder deve somente tomar forma e atuar em situações atípicas de ruptura, para que a formação social não seja objeto de alterações constantes que inviabilizem a certeza das regras, afastando, por conseqüência, a segurança jurídica.

A vinculação de gerações presentes e futuras, como característica do alcance do Poder Constituinte, não pode jamais significar engessamento de regras, mas sim respeito aos princípios norteadores do Estado, com a possibilidade de, dentro do próprio corpo constitucional, encontrar-se saída para eventuais demandas que, com toda certeza, surgirão e clamarão pela mudança de rumo, relativamente à orientação constitucional.

A ignorância à realidade imposta pelas mudanças ocorridas nas sociedades é a pena capital das Constituições. Para que o Poder Constituinte possa vincular as gerações futuras, positivamente, deverá apresentar soluções para que a própria Constituição possa conviver com as mudanças sociais, acolhendo-as e respondendo às demandas surgidas. Do contrário, a vinculação, como já frisado, significará, inevitavelmente, o fim do sistema constitucional.

### 3. AS GERAÇÕES FUTURAS E A CONSTITUIÇÃO, FRENTE AOS LIMITES MATERIAIS

O Poder Constituinte, como verificado, vincula todas as gerações que forjarem sua existência no período de vigência marcado pelos comandos da Constituição estabelecida por este Poder. Assim, as relações entre os cidadãos e entre os cidadãos e o Estado deverão sempre limitar-se às previsões constantes da Constituição. Tem-se, então, os parâmetros constitucionais como os parâmetros da vida em sociedade.

Claro está que tão melhor será a vida em sociedade, quanto mais apta a respostas para as novas demandas for a Constituição. Como instrumento normativo

superior, a Carta magna não pode virar as costas à inevitabilidade da mudança. Não há como, no momento criador de um Estado, o Poder Constituinte cerrar a porta para o ingresso do novo.

O direito positivo, como bem leciona José Eduardo Faria, deve descobrir o modelo mais adequado para o acolhimento desta realidade. Do contrário, a saída única para as sociedades regidas por textos inflexíveis, sempre que surgida a nova demanda, será a ruptura, a quebra institucional, a qual, como já analisado, vem junto com a insegurança jurídica e embarga o desenvolvimento e a paz social.

As cláusulas pétreas, por seu turno, nada mais são que mecanismos de inflexibilidade. Delimitam, aludidos dispositivos, regras com caráter de perpetuidade que hão de ser observadas sempre e em qualquer circunstância. A sua essência ignora o movimento social e a este concede pouca importância. Em sistemas positivados, as cláusulas superconstitucionais simplesmente estipulam, quando da inauguração de um Estado, ditames que, julgados imprescindíveis para a realização do bem-estar social no momento da atividade do Poder Constituinte, sempre deverão ser verificados, tornando impossível a escolha de novos rumos, mesmo que a realidade social demonstre a necessidade de adoção de outras alternativas.

As cláusulas pétreas não dão alternativas para a sociedade, ou melhor, definem a alternativa a ser adotada, eleita como melhor em um determinado momento social, período em que, ordenou, presunçosamente, o legislador constituinte, qual a melhor via para o futuro, mesmo sem conhecer este futuro. O contra-senso absurdo do princípio criador das cláusulas de intangibilidade não é verificado apenas pela necessidade de alteração pela chegada do novo, mas também, e principalmente, por ir de encontro com o princípio democrático, mesmo quando tais previsões encontram-se presentes em Constituições formadoras de Estados democráticos (aspecto que será tratado com maior atenção nos itens posteriores desta obra).

Montesquieu de modo sábio e acertado asseverou que *a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem*<sup>106</sup>. Nesta perfeita afirmativa, que bem caracteriza a liberdade em um Estado de Direito, é que reside o perigo e a total inadequação da existência de cláusulas que impossibilitam o exercício da liberdade diante da evolução social.

Em um Estado não absolutista, regado pela racionalidade representada pelas regras estabelecidas a partir de um pacto comunitário, o Poder soberano passa a ser o próprio sistema normativo. A partir desta formulação, os cidadãos ficam absolutamente subsumidos, no exercício de suas atividades e relações, aos comandos legais em questão. Pois bem, a construção liberal, com o término do Poder absoluto (justificado pelo direito divino), trouxe a garantia, aos indivíduos, de escolha de seus caminhos. Com as cláusulas pétreas, a liberdade perde espaço, passando, novamente, a ser verificado o mesmo problema tão combatido principalmente no fim do século XVIII, mas agora com nova roupagem.

Paulo Bonavides, escrevendo sobre a liberdade, delimitou:

O espaço de permissão posto pelas leis não se traça sem a presença e a colaboração dos destinatários da norma, a saber, os governados. Completou Rousseau muito bem o conceito de Montesquieu mediante a concepção da lei produto da 'vontade geral', vontade do povo soberano, único titular legítimo que a ideologia democrática admite para fazer a validade e a legitimidade da norma geral e abstrata, de cuja elaboração participa ativa e decisivamente a vontade do cidadão, titular, segundo o mesmo Rousseau, de uma fração do poder soberano.<sup>107</sup>

Ao povo, assim, titular do poder soberano na construção liberal, de formação do Estado, incumbe o dever de, organizado o Poder Constituinte, fazê-lo com o propósito de estabelecimento de orientações que ditarão o futuro das relações e gerações.

Estabelecendo, este Poder Constituinte, no ato de criação do Estado, normas de intangibilidade, ou seja, previsões que não poderão ser alteradas nem pela

---

<sup>106</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 212.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 213.

vontade da maioria, ou da totalidade dos cidadãos, está-se diante, uma vez mais, de um Poder absoluto, o qual, com base na pretensão de conhecimento dos atos e fatos futuros, desenha os limites inflexíveis que irão nortear as condutas daqueles e daquilo que ainda estão por vir.

Diante das cláusulas superconstitucionais, deixa a liberdade de ser o escudo protetor dos interesses dos cidadãos<sup>108</sup>, restando, tal qual ocorria no absolutismo, à vontade do Poder que inicia o Estado, a possibilidade de determinar as relações futuras, ignorando que as mesmas serão delimitadas por fatos sociais desconhecidos quando da formação do Estado. Não é esta, sem dúvida, a intenção dos regimes democráticos, os quais têm como premissa primeira a garantia de envolvimento dos cidadãos nas decisões dos rumos do Estado, contrariamente com o que ocorria nos regimes absolutistas, como bem demonstra Bonavides:

A liberdade, graças àqueles dois gigantes do pensamento político moderno, nos libertou da legislação do absolutismo. Pôs abaixo o monstruoso edifício das soberanias do direito divino. Acabou com os privilégios civis e políticos, que oprimiam o povo e a Sociedade. A revolução daquelas idéias fez da liberdade o valor supremo da convivência humana, o dogma que hoje arrasta ao descrédito todas as ideologias que o contrariam, ou as fez inócuas e frágeis demais para ficarem de pé sobre seus alicerces de areia.<sup>109</sup>

Ao se criar um Estado, estabelecer as regras de conduta que deverão ser seguidas nas relações forjadas dentro do universo deste Estado, o que se pretende é assegurar a existência desta nova realidade estatal, evitando-se a ruptura institucional, ao máximo, com a criação de um novo Estado. Assim, nasce a Constituição com a característica fundamental de durabilidade.

A dinâmica social, porém, imprime acelerado grau de mudanças sociais que necessitam ser acolhidas pela Constituição para que não se tenha que optar (como já destacado) entre a ignorância aos ditames constitucionais, ou a construção de novas Constituições, tornando a Constituição um mecanismo normativo efêmero (fato que

---

<sup>108</sup> De acordo com Paulo Bonavides: “Vinculada com a Democracia, a liberdade é, assim, a grande couraça protetora da Sociedade para o exercício dos direitos que garantem a dignidade da pessoa humana”( BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 213).

<sup>109</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 213.

concederia total insegurança jurídica à sociedade em referência). Tratando da Carta suprema brasileira de 1988, Michel Temer já apontava esta preocupação:

Para avançar, a Constituinte foi explícita. Optou por regras claras, que não ensejam muitas dúvidas interpretativas. Reduziu, em conseqüência, a margem de atuação do Legislativo e até do Judiciário, intérpretes supremos do Texto Constitucional. Reduziu a do primeiro porque a ele incumbe exercer a atividade desenvolvida do preceito constitucional, mediante lei que o integre e o torne plenamente executável. Do segundo, porque a explicitude do Texto ensejará menor atividade interpretativa.

Essa diminuição da possibilidade exegética, tanto do Legislativo quanto do Judiciário, impedirá a adaptação da Constituição a realidades sociais mutantes. Numa Constituição sintética, principiológica, a lei – e também as decisões judiciais – cumprem o papel de desdobrar os preceitos de modo a prover, na efetivação do princípio, as necessidades decorrentes das transformações sociais.

Na Constituição analítica, mais longa e minudente, como a que está nascendo, tal conformação torna-se mais difícil uma vez que o Texto Magno teria tratado de quase todas as matérias.

Este fato pode servir de argumento, em futuro próximo, para inviabilizar a Constituição, retirando a sua estabilidade e durabilidade, desacreditando-a e gerando a necessidade de uma nova Carta Constitucional.<sup>110</sup>

A anotação de Michel Temer, relativamente a uma Constituição por extremo analítica (como a brasileira de 1988), pode ser colocada para qualquer Constituição que estabeleça em seu corpo regras petrificadas. E isto pela mesma assertiva trazida pelo autor, que *este fato pode servir de argumento, em futuro próximo, para inviabilizar a Constituição, retirando a sua estabilidade e durabilidade, desacreditando-a e gerando a necessidade de uma nova Carta Constitucional.*

Ao se estabelecer dispositivos que não podem, por sua própria essência, ser alterados, a Constituição, instrumento que vincula a tudo e a todos, acaba por sofrer ataques e produzir atos contrários à sua própria intenção de alcance da justiça e paz social. É o que aponta José Eduardo Faria, em ensaio que trata do tema:

Por outro lado, como essas estratégias de deslegalização e desconstitucionalização interferem em atos juridicamente perfeitos, revogam normas constitucionais classificadas como ‘cláusulas pétreas’ e alteram drasticamente as condições de execução de contratos concebidos e assinados com base nos códigos e leis até então vigentes, elas acabam induzindo cidadãos

---

<sup>110</sup> TEMER, Michel. *Constituição e Política*. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 49.

e empresas a bater nas portas dos tribunais, para tentar preservar direitos adquiridos e manter os compromissos que haviam formalmente assumido.<sup>111</sup>

Ou seja, o dinamismo social, mais acentuado nos dias atuais com o fenômeno da globalização (foco indutor do mencionado texto de José Eduardo Faria), acaba por demonstrar-se como realidade contrária ao sistema inflexível de posituação dos Estados. Isto pois, ao se deparar o fato concreto com os ditames legais petrificados, e necessitando aludido fato de alternativas à previsão legal inalterável, solução não se verifica, restando, como saída única para a tentativa de solução do caso, a discussão perante o Judiciário, o qual, na composição da controvérsia gerará, inevitavelmente, ou um desrespeito ao sistema normativo (com a flexibilização de dispositivos intocáveis), ou uma negativa à evolução social, caracterizada pelas novas demandas<sup>112</sup>.

Com as regras petrificadas, resta a liberdade dos cidadãos como direito localizado, podendo ser utilizada em sua plenitude, somente no momento criador do Estado. A partir da formulação deste Estado, estabelecendo-se o Poder Constituinte previsões não passíveis de alteração, mitigada está a liberdade das gerações futuras, nascendo e formando-se com sérios embargos junto a determinadas possibilidades.

A intenção estabilizadora das cláusulas pétreas, como meio de garantir direitos e proteções para gerações futuras, poderá, cedo ou tarde, desfigurar-se, gerando a necessidade de quebra institucional, sob pena de ignorar-se a evolução social. É o que leciona José Carlos Francisco:

Com efeito, quando se afirma que as cláusulas pétreas, por garantirem a essência da Constituição, têm caráter absoluto (somente podendo ser superada pelo exercício do Poder Constituinte Originário, elaborando toda uma nova Constituição), surge um paradoxo em face da vocação à continuidade e da

---

<sup>111</sup> FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 83.

<sup>112</sup> Além dos fatos apontados, o sistema petrificado também gera o que chama José Eduardo Faria de fenômeno da “tribunalização” da política ou “judicialização” da administração pública, discorrendo: “O problema é que, embora sejam independentes para decidir, muitas vezes as instituições judiciais não têm a força e os instrumentos necessários para obrigar o Executivo a acatar suas sentenças. E, nos casos em que eventualmente pode fazê-lo, quanto mais acolhem as pretensões dos demandantes mais elas passam a ser acusadas de exorbitar de suas funções e invadir as áreas de competência de outros poderes, agravando o desequilíbrio fiscal, pondo em risco a estabilidade monetária, comprometendo os ‘fundamentos da economia’ e provocando, com isso, o assim chamado fenômeno da ‘tribunalização’ da política ou ‘judicialização’ da administração pública. (FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. Op. cit, p. 83).

função estabilizadora dos textos constitucionais, já que o processo de mutação social induz à alteração (formal ou informal) do conteúdo dos textos constitucionais (mesmo em suas disposições básicas)<sup>113</sup>

E continua o autor:

Realmente, essas limitações (concebidas como absolutas, impossibilitando a modificação por emendas) se tornam obstáculo à estabilidade a que se destinam, bem como provocam instabilidade e sacrifícios maiores com a elaboração de todo um novo texto constitucional. Se por outro lado esta nova Constituição não for elaborada, o ordenamento constitucional acabará caindo em desuso, e também provocando situações de mutações inconstitucionais.<sup>114</sup>

Esta dualidade entre o exercício da liberdade, nos regimes democráticos e os embargos impostos pelas cláusulas pétreas, acabam por originar prejuízos sem precedentes para as sociedades.

Retoma-se o pensamento de Montesquieu para aprofundamento da problemática vislumbrada. De acordo com o pensador, a liberdade dos cidadãos deverá sempre se submeter aos limites impostos pela lei. Assim, a condicionante da liberdade é a lei, a qual, nos regimes democráticos, é elaborada a partir do consenso advindo do entendimento entre os próprios cidadãos.

Neste passo, em um determinado momento histórico, verificadas as circunstâncias específicas do presente e as heranças de tempos pretéritos, é formada, pelo Poder Constituinte, uma Constituição, a qual ditará as regras do Estado que constrói.

Trazendo em seu corpo previsões petrificadas, este texto ignorará o fato social futuro, as mudanças e novas demandas, obrigando as futuras gerações a simplesmente desconsiderar os novos cenários sociais, para cumprir os dispositivos petrificados, feitos sob o plano da arrogância de conhecimento de todas as possibilidades que advirão.

---

<sup>113</sup> FRANCISCO. José Carlos. Op.cit, p. 91.

<sup>114</sup> FRANCISCO. José Carlos. Op.cit, p. 91.

Neste caso, a liberdade das novas gerações está sendo, por completo limitada pelas previsões legais traçadas em períodos anteriores, distante da nova condição social. Pergunta-se então, como poderiam estas gerações, deparadas com esta situação paradoxal, se portar? A utilização da atividade do Poder Constituinte é uma possibilidade, mas certamente não será a mais aconselhada para adequação de um aspecto efetivo em uma situação onde não exista crise institucional, ou necessidade de recriação do Estado. A ignorância ao comando petrificado é outra possibilidade, mas inaceitável em um Estado de Direito que tem na Constituição seu regramento supremo, devendo os indivíduos respeito absoluto às determinações ali estabelecidas.

Não há caminho a ser escolhido nesta estrutura constitucional. Qualquer opção feita trará instabilidade para a sociedade. Fato é que as cláusulas pétreas limitam indevidamente a liberdade e, após tal limitação, não há como os indivíduos utilizarem a liberdade, mesmo que para o alcance do bem-estar social, pois estará a liberdade submetida ao sistema de regras do Estado no qual encontram-se as previsões de intangibilidade.

Não é, contudo, ao Estado que devem os cidadãos orientar seus atos para a realização do bem comum, mas sim à própria comunidade. As cláusulas pétreas, ao vincularem a atividade dos indivíduos, obrigam os mesmos a formatar determinadas condutas a parâmetros rígidos, estabelecidos quando da criação do Estado. Mesmo que no momento de formação de determinado Estado a opção petrificada seja a mais adequada, deveria a Constituição afastar qualquer idéia de intangibilidade e prever, sim, possibilidades de mudanças para que, aproveitando o corpo constitucional vigente, pudessem os cidadãos modificar aspectos presentes no texto constitucional, tendo em vista as novas demandas, para a realização do fim último de felicidade da comunidade.

Bertrand Russel, sobre este ponto, ensina:

O Estado, embora seja atualmente fonte de muitos males, é também um meio de obter certas coisas boas, e, enquanto determinados impulsos violentos e destrutivos continuarem a ser comuns, teremos necessidade dele. Mas ele é *meramente* um meio, e um meio que deve ser usado com muita cautela e parcimônia, para que não produza mais mal do que bem. Não é ao Estado, mas à comunidade, a comunidade mundial de todos os seres humanos presentes e futuros, que devemos servir. E uma boa comunidade não surge da exaltação do Estado, mas do livre desenvolvimento dos indivíduos: da felicidade na vida

cotidiana, do trabalho satisfatório, que dê oportunidade ao espírito construtivo de cada um, da liberdade das relações pessoais que encarnem o amor e arranquem as raízes da inveja nos casos de capacidade frustrada de afeto e, acima de tudo, da alegria de viver e de sua expressão nas criações espontâneas da arte e da ciência. São essas coisas que tornam uma época ou uma nação dignas de existência – e essas coisas não podem ser asseguradas pela submissão ao Estado. É no indivíduo que tudo o que é bom deve ser realizado, e o livre desenvolvimento do indivíduo deve ser a finalidade suprema de um sistema político que pretenda remodelar o mundo.<sup>115</sup>

Por este motivo que, com o fim do absolutismo, buscou-se no regime democrático a saída para o estabelecimento de estruturas que pudessem, com maior êxito, alcançar a justiça e paz social. Isto pois, com a manifestação da liberdade, concedendo aos indivíduos a possibilidade de desenho dos parâmetros do Estado, as demandas sociais seriam mais facilmente superadas e respondidas, uma vez que os próprios sujeitos destas demandas seriam os construtores de suas respostas.

No regime democrático, com o uso pleno da liberdade, pelos indivíduos, na construção dos Estados, verificou-se o campo mais fértil para a plantação dos sonhos e pretensões sociais, com o fim último de colheita da felicidade advinda com o bem-estar social.

As cláusulas pétreas, por seu turno, surgem como empecilho à efetivação plena do princípio democrático, pois ao vincularem gerações futuras em um Estado de Direito, as previsões petrificadas não permitem que os indivíduos, na busca pela plena satisfação, possam alterar as previsões superconstitucionais, mantendo a estrutura constitucional vigente (ou seja, sem a quebra institucional).

O princípio democrático, assim, há de ser entendido, para que seja possível, a partir desta verificação, buscar alternativas e modelos para o Direito, de modo a garantir as liberdades, respeitar os direitos fundamentais, sempre, contudo, considerando o dinamismo social.

---

<sup>115</sup> RUSSELL, Bertrand. *Caminhos para a Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1 edição, 2005. p. 121.

### III – A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O caminhar da humanidade, principalmente após o terceiro quartel do século XVIII, se deu com o foco voltado para a realização de um Estado cada vez mais atento à vontade popular. A manifestação do povo e a busca pela sua inserção nas decisões formadoras dos Estados forjou a evolução das relações sociais, tornando regra a incorporação da vontade popular como norte no âmbito das sociedades modernas. Kelsen, prefaciando sua fundamental obra sobre democracia, já destacava:

As revoluções burguesas de 1789 e 1848 quase transformaram o ideal democrático em lugar-comum do pensamento político; tanto que aqueles que empreendiam opor-se mais ou menos à atuação desse ideal faziam-no com uma reverência cortês ao princípio fundamentalmente reconhecido, ou por trás de uma máscara prudente de terminologia democrática.<sup>116</sup>

Neste passo, todo processo conhecido como constitucionalismo teve por móvel a limitação do poder estatal, na intenção de aproximar, cada vez mais, dos verdadeiros titulares do poder, os instrumentos para orientação dos rumos políticos, econômicos e sociais dos Estados. As Constituições, assim, passaram a não mais poder prescindir do princípio democrático.

O princípio democrático, herança dos antigos, deve ser vislumbrado como o agrupamento dos mais importantes valores que abriram as portas para a construção de sociedades que, verificada a vontade do povo, puderam ser construídas (pelo menos teoricamente) com o fim último da justiça social.

Voltando ao constitucionalismo, como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, processo que visa a estabelecer em toda parte regimes constitucionais; quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas<sup>117</sup>, teve grande triunfo no século XIX e nos três primeiros lustros do século XX. O ingresso na modernidade, assim, pressupõe o norte constitucional, com o

---

<sup>116</sup> KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2 edição, 2000. p. 25.

<sup>117</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 07.

estabelecimento de documentos, na maior parte das vezes escritos, que orientam a formação dos Estados de acordo com a vontade e as demandas sociais.

A exclusão do povo da esfera de decisões relativa ao direcionamento das orientações políticas das sociedades fez com que sobreviessem lutas e vitórias, até a construção e efetivação da idéia de participação popular na vida política das sociedades. Com o absolutismo e os governos déspotas, o espaço para a manifestação popular foi relegado à margem da vida cotidiana. A população não tinha meios para exigir o respeito às suas opiniões e vontades, e assim era governada pelos interesses e, muitas vezes, pelos devaneios do poder central.

Aos poucos, por meio de fundamentais avanços, foram construídas novas realidades que intentavam conceder ao povo o poder que ao mesmo cabia. A *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (herança e reflexo de documentos que a antecederam e em muito colaboraram para a sua elaboração) vem coroar estes anos de luta para o estabelecimento da vontade popular como guia de construção dos Estados e seus caminhos, e conseqüente proteção dos direitos dos cidadãos como princípio maior das Constituições.

A partir de então, o princípio democrático torna-se inerente à idéia de Constituição. Sem a presença deste, não há falar-se, pelo menos de acordo com a moderna concepção de Constituição, na existência de um documento constitucional<sup>118</sup>.

Neste contexto, o princípio democrático há de ser analisado com maior atenção. A democracia, meio hábil para a manifestação popular, deve ser exercida com intensidade e completude. Sem o amplo exercício deste princípio, estar-se-á diante de um sistema menos constitucional.

---

<sup>118</sup> Não é outra a conclusão que se retira dos ensinamentos de Robert Dahl: “Let us suppose, then, that in order to achieve certain common ends, you and several hundred other persons agree to form an association. What the specific goals of the association are, we can put aside so as to focus strictly on the question that forms the title of this chapter: What is democracy? At the first meeting, let us further assume, several members suggest that your association will need a constitution” (DAHL, Robert A. *On Democracy*. Virginia, USA: Yale University Press, 1998, p. 35.)

A importância do exercício pleno do poder, pelo povo, pode ser bem verificada pelas palavras de Fábio Konder Comparato, que, com a incisividade que lhe é peculiar, discorre:

Ademais, é indispensável fixar claramente os limites desse poder de representação do soberano, não só no plano horizontal, com o necessário reforço da separação de competências entre os diversos órgãos estatais, mas também e sobretudo, nas relações verticais de delegante a delegado. É, assim, insustentável continuar a admitir que uma Constituição nova entre em vigor sem o referendo popular, ou que ela regule o procedimento de sua revisão ou emenda pelo simples voto dos representantes populares, mui impropriamente denominados poder constituinte derivado.

(...)

Tudo isso supõe, em suma, a regulação precisa e sem entraves, no texto constitucional, dos mecanismos de manifestação direta da soberania popular: o plebiscito e o referendo, a iniciativa popular legislativa e a participação popular na aprovação dos planos plurianuais e nas leis de diretrizes orçamentárias anuais.<sup>119</sup>

Não há como construir um Estado de Direito que tenha em suas normas os instrumentos para alcance da justiça e paz social, com base em um documento constitucional escrito, sem que o princípio democrático esteja nele presente. A democracia, herança dos antigos e vitória dos modernos, acompanha a idéia de Constituição.

Resta a questão: E quanto aos regimes ditatoriais e totalitários que assolaram democracias e sociedades harmonicamente construídas de acordo com as conquistas estruturadas, principalmente após a segunda metade do século XVIII? Ora, justamente estas quebras institucionais serviram para comprovar a regra. Chamados de **regimes de exceção**, as ditaduras que romperam com os regimes democráticos, nada mais foram, e são, que situações excetuadas, pois justamente contrárias à regra, que é a democracia.

E neste contexto, a construção das Cartas constitucionais sempre deverá observar a máxima efetividade da democracia, ou seja, as Constituições jamais poderão, para respeito absoluto do pressuposto maior das Cartas supremas modernas, conter em seus corpos mecanismos de mitigação da iniciativa popular.

---

<sup>119</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op.cit., p. 56.

O enredo social há de ser escrito pelas mãos do povo. A este cabe orientar o presente sem as vinculações do passado (feitas com base na pretensão de conhecer o futuro). A democracia pressupõe, assim, a movimentação social, a participação popular, mas não de um modo limitado, ou melhor, somente relativa a alguns aspectos da vida em sociedade.

Sendo a democracia um regime ativo, que exige a discussão, que não prescinde da argumentação, qualquer instrumento que venha a impossibilitar a manifestação popular no jogo decisório da sociedade estará mitigando a democracia, ou melhor, transformando aludido sistema político em uma organização social menos democrática.

A equação é simples, as Constituições modernas são constituídas com base na verificação das demandas sociais, expressas pela vontade popular. Todo regime que traga em seu conteúdo limitações às mudanças (as quais devem ser observadas, sempre, pelo Texto constitucional), será um regime que forja uma situação de limitação constitucional. Assim, quanto menos participação do povo no jogo político e nos caminhos sociais, menos democrática será a sociedade. Quanto menos democracia, menos Constituição ter-se-á.

Obviamente que, para o alcance pleno deste regime, dever-se-á verificá-lo em sociedades onde o grau de educação, informação, saúde, lazer, seja elevado<sup>120</sup>. Na prática, sem uma sociedade adequadamente formada, que não tenha distribuído para seu

---

<sup>120</sup> Pertinente a este respeito, a colocação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Nas Américas, o rompimento das sujeições coloniais impôs a adoção de Constituições escritas, em que, abandonando a organização histórica, a vontade dos libertadores pudesse fixar as regras básicas da existência independente. Sem dúvida, o constitucionalismo na América procede da mesma orientação que o europeu. Aqui, porém, a Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava o rompimento dos costumes e a destruição das instituições políticas tradicionais. Essa extensão fulminante do movimento a todo o mundo civilizado não significa, porém, que em toda parte o governo, constitucional, tenha deitado raízes. Em muitos casos, o êxito do constitucionalismo não foi além das aparências, fornecendo roupagem brilhante para vestir uma realidade adversa. Na verdade, tem o regime constitucional seus pressupostos. Em primeiro lugar, só um poder firmemente estabelecido é que pode assumir forma constitucional, de modo que este não pode vingar ou prosperar onde um poder central efetivo não operou a unificação nacional. Por outro lado, esse regime depende da existência de uma opinião pública ativa e informada e esta depende de um certo grau de lazer, instrução, riqueza, que só um certo grau de desenvolvimento pode um Estado alcançar. De um modo geral, os povos mais ricos tendem a ser os mais livres e o enriquecimento geral propicia a reivindicação de liberdade maior” (Op. cit., p. 8).

corpo social os ingredientes básicos para a boa e adequada utilização da democracia, dificilmente será possível vê-la em plena atividade, até porque a ignorância e a miséria são e sempre serão os maiores aliados dos regimes não democráticos. Mas, por outro lado, sem democracia e regimes constitucionalmente estabelecidos, jamais será possível alcançar-se a justiça social, uma vez que os maiores interessados nesta estarão afastados das decisões que podem levar a sua concretização<sup>121</sup>. E para que não reste dúvida sobre a importância de regimes democráticos, mesmo em sociedades que não apresentem um grau de desenvolvimento educacional e cultural elevado, deve-se sempre ter em mente a resposta de Lord Rousell, reformista do liberalismo inglês acerca da perversidade de seus opositores no Parlamento inglês:

Quando ouço falar que um povo não está bastante preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem bastante preparado para ser déspota.<sup>122</sup>

Ninguém melhor que o povo para traçar os rumos da organização social, uma vez que todas as demandas que forjarão os direitos fundamentais são frutos das relações sociais. Os direitos humanos, assim, se encontram com o princípio democrático. A realização plena da democracia, nunca se deve esquecer, está diretamente ligada às condições de seu povo. É o que ensina Flávia Piovesan, tomando por base a Constituição brasileira de 1988:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado brasileiro, nos expressos termos do art. 1º, II e III, da Constituição, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.<sup>123</sup>

Desta feita, a conclusão a que se chega é que os regimes constitucionais modernos, tendo a democracia como base e norte, são fundamentais para a manutenção da civilidade das sociedades mais desenvolvidas. Porém, mais fundamentais ainda os

---

<sup>121</sup> A este respeito, fundamentais as palavras de Mill: “Pode acontecer que um povo não se encontre preparado para instituições boas; mas faz parte do processo inflamar neles o desejo de consegui-las.” (MILL, John Stuart. *O Governo Representativo*. São Paulo: Ibrasa. 3 edição, 1983. p. 11).

<sup>122</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 21.

<sup>123</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra...*, cit., p. 41.

são, para os chamados países subdesenvolvidos. Mesmo que, a princípio, nas regiões com menor grau de desenvolvimento, os instrumentos democráticos sejam usados de modo equivocado e manipulado (pela própria condição social e de seus cidadãos), sem democracia, a justiça social jamais será alcançada.

A manifestação do povo está diretamente ligada à idéia dos sistemas constitucionais modernos. Nestes, a elaboração dos Estados se dá a partir da verificação do clamor e das demandas sociais, da valoração dos fatos históricos do momento, e, por fim, da normatização das condutas de acordo com o melhor entendimento dos cidadãos. Tem-se, verificado estes passos, uma Constituição que ditará os caminhos das relações sociais.

Contudo, sendo a vida social dinâmica, estando esta em constante e veloz movimento, não há como se conceber um documento constitucional que impeça, em sua própria estrutura, que, com as novas demandas que surjam, a população altere o texto constitucional (verificado, por óbvio, o procedimento para tanto, insculpido na própria Carta suprema). Caso isto ocorra, estar-se-á diante de uma Constituição com nascimento e formação democrática, mas não democrática, ou menos democrática no transcorrer de sua vigência.

A importância da democracia, para os sistemas constitucionais modernos faz-se, desta forma, claramente verificável, restando, então, analisar a democracia e sua relação com os mecanismos que mitigam a sua existência.

## 1. A DEMOCRACIA

O principal instrumento para a realização e alcance da justiça social, indiscutivelmente, é a democracia. Tendo a iniciativa popular como regra para a determinação dos caminhos da sociedade, a democracia permite que os mais interessados nos rumos sociais ditem, por mecanismos estabelecidos no próprio sistema, as regras que orientarão todas as condutas a serem respeitadas pela comunidade.

Em que pese a distinção feita por teóricos entre a democracia dos antigos e a dos modernos, o entendimento do significado desta forma de governo não sofreu grandes mudanças, como destaca Norberto Bobbio:

O pensamento político grego nos transmitiu uma célebre tipologia das formas de governo das quais uma é a democracia, definida como governo de muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres (mas onde os pobres tomam a dianteira é sinal de que o poder pertence ao *pléthos*, à massa), em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de uns poucos. Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, embora se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa. O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que vêem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o “povo”, entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito; nos mesmos anos em que, através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do *Federalista* contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais, à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado.<sup>124</sup>

Ao se encaminharem, as sociedades modernas, para a democracia representativa, tendo em vista, principalmente, o elevado número de indivíduos nos agrupamentos sociais, a formatação do sistema impingiu, naturalmente, críticas à esta forma de governo. Configurando-se como um sistema que exprime a vontade popular mediante a palavra de representantes devidamente eleitos para, em nome do titular deste poder (o povo), falar, a democracia dos modernos acaba por, em muitas das vezes, transparecer como um governo de poucos, e, o que é ainda muito pior, um governo de poucos que usurpam a titularidade do poder advinda dos representados<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 5 reimpressão da 6 edição, 2005. pp. 31/32.

<sup>125</sup> Na verve ferina do grande escritor e iconoclasta Henry Louis Mencken, pode-se trazer amostra dos ataques sofridos pela democracia: “Confesso que, de minha parte, acho-a uma delícia. Adoro imensamente a democracia. Ela é incomparavelmente idiota e, por isto, tão divertida. Ela não exalta os parvos, os covardes, os oportunistas, os pilantras e os blefes? Sim, mas a tortura de vê-los subir na vida é compensada pela alegria de vê-los cair do galho. A democracia não é perdulária, extravagante e desonesta? É, como qualquer outra forma de governo: todas são inimigas dos homens decentes. Não são os velhacos que a dirigem? Sim, mas temos suportado esta velhacaria desde 1776 e continuamos sobrevivendo. A longo prazo, pode ser que a velhacaria seja uma necessidade inerradicável de qualquer governo e até da própria civilização – ou que, no fundo, a civilização não passa de um colossal calote”

Contudo, as declarações de direitos que inauguraram o período moderno buscaram justamente o contrário, ou seja, conferir ao povo a possibilidade de ditar as normas que iriam governá-los. Nesta esteira, a luta deve ser para a construção de documentos constitucionais que realizem esta pretensão e que possam, mesmo nas democracias representativas, dar ao povo a via da mudança, fazendo com que, por meio de seus representantes, possa ser o anseio social, sempre, o motor para a alteração das regras; encontrando, na máquina constitucional, acolhida para a resposta oriunda do dinamismo social. Assim, o sonho dos modernos será alcançado e a velhacaria (colacionando Mencken) terá que dar ouvidos ao titular do poder que representa, qual seja, o povo.

Bobbio, ainda discorrendo sobre a democracia, a conceitua com clareza:

(...) por 'democracia' entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia.<sup>126</sup>

Por esta forma de governo, tem-se a possibilidade de organização social pela vontade da maioria da população. Neste passo, o fator característico da democracia é a vontade popular. Contra esta, nada nem ninguém pode se insurgir e tanto mais se terá democracia, quanto mais participação do povo se tiver.

A mitigação e vitimização da democracia se deu com o consolidar das democracias modernas. Isto pois, como já se viu, diametralmente oposta à democracia dos antigos, esta tem por característica básica a representação popular<sup>127</sup>. Não mais o

---

(MENCKEL, Henry Louis. *O livro dos insultos de H. L. Mencken*. São Paulo: Companhia das Letras, 5 reimpressão, 1996. p. 110.

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, cit., p. 7.

<sup>127</sup> Em outros ensinamentos sobre a democracia, Bobbio explana com perfeita adequação e clareza, a distinção entre democracia dos antigos e democracia dos modernos: "A diferença entre a democracia dos antigos e a dos modernos passou a ser um tema obrigatório, não menos famoso que o de Benjamin Constant sobre a liberdade. Assim como este, refere-se tanto ao uso descritivo como ao valorativo da palavra. Entre a democracia dos antigos e a dos modernos se sobressaem duas diferenças, uma analítica e outra axiológica.

Com a palavra democracia os antigos entendiam a democracia direta; os modernos a representativa. Quando nós falamos de democracia, primeira imagem que nos vem à cabeça é o dia das eleições, com

povo, pela manifestação direta de sua vontade, que dá o rumo social, mas sim os representantes da população, eleitos pelo voto, que depositam, nas letras da lei, respostas às demandas sociais.

Natural que esta distorção do conteúdo primevo da democracia ocasione problemas ao significado básico desta forma de governo. Afastado o povo da orientação direta dos caminhos sociais e passando a representantes, esta função, o resultado final da resposta às demandas sociais, passa, inevitavelmente, por alterações advindas de interpretações diversas e verificações distintas dos problemas sociais. À democracia representativa dos modernos, resta a maior preocupação com a participação do povo e mecanismos que insiram os indivíduos nos comandos cotidianos da vida social para que, mesmo moderna, ainda se fale em democracia.

As críticas ao sistema democrático moderno são fundamentais para que não se deixe afastar de seus titulares os reais caminhos dos regramentos sociais. As Constituições devem apresentar possibilidades para que as demandas sociais sempre sejam, verificadas pelo povo, objeto de deliberação pelos representantes, para as devidas mudanças e adequações.

Conceder a um grupo restrito de representantes a possibilidade de ditar os caminhos sociais, mesmo que estes representem a população, é um risco para a própria democracia. Além de vias para o exercício cada vez maior da democracia direta (como já muito bem defendeu Fábio Konder Comparato), deve poder, o povo, discutir, sempre, os próprios comandos constitucionais, os quais não de ser modificados toda vez que se mostrarem inadequados para a busca da justiça social.

A possibilidade de se instaurar, nas Constituições, dispositivos imutáveis, não é só um contra-senso ao próprio regime democrático, mas, também, um risco para a população, que pode ver a titularidade de seu poder ser mitigada por interesses outros,

---

longas filas de cidadãos que aguardam sua vez para depositar votos nas urnas. Quando uma ditadura cai e se instala um regime democrático, o que nos mostram as televisões de todo o mundo? Uma cabine eleitoral e um homem qualquer, ou o primeiro cidadão, que exerce seu direito ou cumpre seu dever de

daqueles que foram escolhidos para representar a população. Se a possibilidade existe, a Constituição deve afastá-la.

Já em idos do século XVIII esta preocupação aflorava no pensamento daqueles que se dedicavam a pensar as sociedades e suas organizações. Em abril de 1762 foi publicada fundamental obra do não menos fundamental pensador de Genebra, Jean-Jacques Rousseau, intitulada *O Contrato Social*. Neste estudo, busca Rousseau chegar a uma fórmula social que permitisse a proteção das pessoas e bens dos cidadãos e na qual cada indivíduo obedecesse somente a si mesmo e permanecesse livre<sup>128</sup>. A resposta era o contrato social.

De acordo com este pacto, asseverava Rousseau, somente a vontade geral obrigaria os particulares:

Quando Licurgo deu leis à sua pátria, começou a abdicar a realeza. Era costume da maioria das cidades gregas confiar aos estrangeiros o estabelecimento de suas leis. As repúblicas modernas da Itália imitaram freqüentemente esse costume; a de Genebra fez o mesmo com bons resultados. Roma, em seu fastígio, viu renascer em seu meio todos os crimes da tirania e viu-se prestes a perecer por ter reunido nas mesmas cabeças a autoridade legislativa e o poder soberano.

No entanto, os próprios decênviros não se arrogaram jamais o direito de promulgar uma lei emanada apenas de sua autoridade. ‘Nada do que propomos’, diziam ao povo, ‘pode transformar-se em lei sem o vosso consentimento. Romanos, sede vós mesmos os autores das leis que devem fazer vossa felicidade.’

Aquele que redige as leis não tem, portanto, ou não deve ter nenhum direito legislativo, e nem o próprio povo pode, quando o quiser, despojar-se desse direito intransferível porque, segundo o pacto fundamental, somente a vontade geral obriga os particulares, e só se pode assegurar que uma vontade particular está de acordo com a vontade geral depois de submetê-la aos sufrágios livres do povo. Já disse isso, mas não é inútil repeti-lo.<sup>129</sup>

Os escritos de Rousseau, no período inaugural da modernidade, somente agregaram, à idéia de fim do poder absoluto, a importância de voltar atenção para a

eleger quem o representará. (BOBBIO, Norberto. *Norbertp Bobbio: O filósofo e a política – antologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1ª edição, 2003. p. 243.)

<sup>128</sup> Discorreu Rousseau: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoas e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato sócia.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 4 tiragem, 2001. p. 20).

<sup>129</sup> Op. cit., pp. 51/52.

vontade popular e construir as estruturas constitucionais de acordo com a verificação inicial do perfil dos povos e os clamores sociais da localidade. Emblemáticas as palavras do filósofo:

Assim como o arquiteto, antes de construir um grande edifício, sonda e examina o solo para ver se este pode sustentar o peso, o sábio instituidor não começa redigindo leis boas em si mesmas, mas verifica antes se o povo, ao qual são destinadas, está apto a suportá-las. Foi por isso que Platão recusou dar leis aos árcades e aos cirenaicos, sabendo que esses dois povos eram ricos e não podiam admitir a igualdade; foi por isso que se viram em Creta boas leis e homens perversos, porque Minos só havia disciplinado um povo carregado de vícios.<sup>130</sup>

O povo, como preocupação principal quando da formação do Estado, deve ser, para Rousseau, a primeira voz a ser escutada para o alcance da harmonia e paz social. Isto porque, as leis ao povo devem servir de modo que por meio destas a realização social seja verificada. Também não ignora, o filósofo, o dinamismo social, o qual, conjugado com o ator principal na Constituição de um Estado (o povo), dá a base para a forte assertiva:

Aliás, em qualquer situação, um povo é sempre senhor de mudar as suas leis, mesmo as melhores, pois, se lhe agrada fazer mal a si mesmo, quem terá o direito de impedi-lo?<sup>131</sup>

O sentido maior dos regimes democráticos, sejam eles diretos ou representativos, reside justamente nesta importância do povo<sup>132</sup>, titular do poder, que pode e deve, sempre que julgar necessário, e verificado os procedimentos instituídos para tanto, mudar as suas leis, sem que signifique, este ato, uma quebra institucional que faça surgir a insegurança jurídica no cerne social.

Ao povo, à vontade popular, devem sempre as Constituições estar prontas para ouvir e compreender, dentro de seu corpo normativo, as respostas para as

---

<sup>130</sup> Op. cit., p. 54.

<sup>131</sup> Op. cit., p. 65.

<sup>132</sup> E aqui cumpre sublinhar que é utilizado o termo “povo” de acordo com os ensinamentos de Kelsen, como aqueles que detêm direitos políticos e como tal podem ordenar os rumos sociais. Nas palavras do professor de Praga, ao enfrentar o mesmo problema: “O povo como conjunto de titulares dos direitos políticos, mesmo numa democracia radical, representa mesmo uma pequena fração dos indivíduos submetidos à ordem estatal, do povo como objeto do poder” (KELSEN, Hans. *A Democracia*, cit., p. 37).

novas demandas sociais. O maior desafio do fim da antiguidade e ingresso na modernidade, foi, assim, a inserção social. Com o dismantelo do poder central, criou-se o consenso que, somente pelo acordo social, que pressupunha a iniciativa do povo, poder-se-ia chegar ao progresso da sociedade.

A democracia retorna, neste contexto, como o mecanismo mais acertado para a nova composição social. Este esforço teórico, concretizado principalmente com o advento das *Declarações de Direitos* da segunda metade do século XVIII, teve sua força renovada com a reconstrução dos direitos humanos, maculados com as atrocidades cometidas principalmente pelas duas Grandes Guerras, nas palavras da *Declaração de Direitos Humanos de 1948*.

A força da democracia e a sua perpetuação por séculos, mesmo que entrecortada por regimes e momentos de exceção, demonstra ser a soberania popular o mais eficiente lenitivo contra o arbítrio e o retrocesso social. Não se pode esquecer que o contexto das relações sociais é dinâmico, forjado por situações que mudam com o passar do tempo, se ajustam a novas realidades e, sem o princípio democrático vigorando, jamais poderiam ser verificadas, ou seriam de modo mitigado e deturpado, uma vez que afastado o povo de sua participação.

Os textos das *Declarações de Direitos* do século XVIII e da *Declaração de Direitos Humanos de 1948* (bem como dos demais documentos de proteção dos direitos fundamentais do século XX) trazem em comum, princípios universais e pressupostos básicos que remetem a direitos imemoriais. Mas tomando estes textos para análise, nota-se a mudança social e sente-se o dinamismo das relações entre os cidadãos, que acabam por formar necessidades, visões de mundo e realidades distintas entre si.

Clamores presentes no século XVIII não mais se fazem atuais no século XX e poderão ser retomados no século XXII. A democracia tem sua adequação, justamente por conceder ao povo a possibilidade de mudança, verificada a movimentação social. Frente ao novo, devem as Constituições conceder mecanismos que permitam esta inclusão no seu texto. E não se fale aqui na possibilidade de construção de novo sistema constitucional, pois isto pressupõe uma quebra institucional que trará insegurança jurídica à população. As portas abertas das Constituições para a

oitiva do povo e acolhida da mudança é a única possibilidade para a verificação de um regime verdadeiramente democrático. Norberto Bobbio, sobre o assunto, bem destaca:

O elenco de direitos fundamentais varia de época para época, de povo para povo, e por isso não se pode fixar um elenco de uma vez por todas: pode-se apenas dizer que são fundamentais os direitos que numa determinada Constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles diante dos quais todos os cidadãos são *iguais*.<sup>133</sup>

Bobbio, como jurista, filósofo e sociólogo do direito, destaca importante aspecto da realidade social que é o seu, já tão sublinhado, dinamismo. Inserindo esta característica imutável da condição social no dia a dia constitucionalizado, verifica-se com ainda maior clareza o quão fundamental é, para a democracia, que a população tenha meios para manifestação ampla sempre que a realidade trouxer demandas não acolhidas pelos dispositivos já insculpidos na Carta Suprema.

Importante dedicar atenção ao pensamento do professor Norberto Bobbio, que assevera (como acima destacado) que *são fundamentais os direitos que numa determinada Constituição são atribuídos a todos os cidadãos indistintamente, em suma, aqueles que diante dos quais todos os cidadãos são iguais*. Resta, acerca do preciso pensar do mestre de Turim, questionar o que fazer com situações que, dentro de um determinado momento constitucional, acenam para a reformulação do texto supremo com a inserção ou retirada de determinado(s) dispositivo(s) ou trecho(s) do(s) mesmo(s) para a resposta às demandas sociais? Alterar-se-ia todo o texto constitucional, concedendo à sociedade total insegurança jurídica, uma vez que frente às mudanças decorrentes do movimento social a única alternativa seria o rompimento institucional?

A resposta deve ser negativa. Não, a democracia, governo movimentado pela vontade popular, só tem sua razão de ser se verificado como meio para a realização da paz, justiça e desenvolvimento social. Sem segurança jurídica não há certezas para semear o campo do desenvolvimento social e, assim, não se realiza a democracia. Frente às mudanças sociais deve, sim, o povo, poder exigir mudanças constitucionais. Mantidos os princípios básicos que norteiam determinada Carta Suprema, dispositivos

---

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, cit., p. 41.

que entrem e gerem conflito entre a vontade do povo e o sistema constituído, hão de ser alterados, realizando-se, então, a democracia.

Por óbvio que determinadas circunstâncias específicas de mudanças vão apontar para a necessidade de construção de um novo Estado, mais adequado ao modelo social em questão e, nesta situação, a democracia lá estará como instrumento possibilitador da evolução social. Porém, servindo como meio para que o povo, guiado pelas relações construídas e os fatores sociais que o envolvem, faça valer a sua vontade, a democracia sempre será o caminho que fornecerá a possibilidade de conceder a moldura ao Estado, que melhor verifique a busca pela harmonia social.

Para a democracia e a sua plena realização o pressuposto maior e mais importante é a participação do povo. Esta não pode ser mitigada nem muito menos embargada. Afastadas as ponderações filosóficas sobre o que seria o “bem comum” e outros termos ligados à busca do bem-estar social, Kelsen, de modo cristalino, leciona sobre a democracia:

Portanto, a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação de normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia.<sup>134</sup>

A idéia de democracia como instrumento natural para a composição das organizações comunitárias concretizou-se como o caminho mais eficaz para o alcance da justiça e paz social. Na figura da forma representativa de participação, contudo, a democracia demonstrava suas fraquezas<sup>135</sup> e, desta forma, alternativas foram buscadas

---

<sup>134</sup> KELSEN, Hans. *A Democracia*, cit., p. 142.

<sup>135</sup> Paulo Bonavides já destacava: “Observa-se uma ruptura entre o Estado e a Sociedade, entre governantes e governados, entre o representante e o cidadão, tudo em proporções nunca vistas, acentuadas, ao mesmo passo, por um estado geral de desconfiança e descrença e até mesmo menosprezo da cidadania em relação aos titulares do poder. De último, tem-se averiguado que a legalidade está no poder, enquanto a legitimidade permanece fora. E como os dois princípios não coincidem, mas primeiro se hostilizam, rompem-se o equilíbrio e a harmonia do sistema constitucional, e a Sociedade fica a um passo do abismo. E toda a ordem representativa cai também debaixo de suspeição tocante à sua natureza democrática, cada vez mais rarefeita em virtude da distância que vai da vontade popular à vontade

para que a participação popular, cada vez mais, fosse realizada, para o alcance de um regime verdadeiramente democrático.

## 2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA – UM CAMINHO POSSÍVEL

O fim da Antigüidade e o conseqüente término do poder central como prática comum de organização social, e o ingresso na Modernidade, com a adoção da democracia representativa como forma de governo e instrumento que melhor poderia servir à busca da justiça social, apontam para a importância da participação popular na construção da harmonia e desenvolvimento social.

O retorno à forma de organização social pautada na vontade popular, naturalmente fez com que a democracia meramente representativa, como fórmula hábil de concretização deste regime de inclusão do povo, passasse a ser insuficiente, sendo, assim, alvo de críticas, restando aos estudiosos verificar novos modelos que significassem o fortalecimento da iniciativa da comunidade, concedendo maior efetividade para a própria democracia.

Estas críticas, nunca é demais destacar, se deram, porque a representação popular, como estrada para se alcançar a efetiva democracia, afastava o povo, em determinada escala, da participação nas decisões que destacam os rumos sociais a serem tomados. Apesar de democrático, os críticos, a estes regimes guiados por esta forma de governo, clamavam por trazer a população para a condução mais direta dos problemas sociais vividos. Não são outras as palavras de André Franco Montoro sobre esta questão:

Para enfrentar o grande desafio da injustiça e assegurar a liberdade real, cultores da ciência política passaram a elaborar um novo conceito de democracia. Não se trata apenas de eleger ‘representantes’ para tomar decisões, legislar ou administrar ‘em nome’ dos cidadãos, mas de assegurar aos múltiplos setores da população meios de ‘participar’, na medida do possível, da discussão e solução dos problemas que lhes dizem respeito.

O regime representativo tradicional reduz a participação do cidadão à formalidade do voto. Mas as tendências cada vez mais claras das modernas

---

representativa, cabendo a esta e não àquela governar efetivamente” (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 29).

concepções políticas reconhecem a insuficiência do voto e acentuam a importância da ‘participação’ dos grupos sociais no processo político e na solução dos respectivos problemas.

O conceito de ‘participação’ liga-se à própria essência da relação social entre indivíduo e Estado, ou, mais amplamente, entre pessoa e sociedade.<sup>136</sup>

As lições de Montoro demonstram exatamente o direcionamento histórico das formas e meios de se construir e governar um Estado. A crítica à democracia novamente aparece, pois no formato representativo o risco de se marginalizar o titular do poder é muito grande. Busca-se, então, uma nova estrutura democrática; esta pautada na participação direta do povo no forjar os limites e ditames que orientarão as relações sociais.

Verificado o perigo da representação, concretizado pelo conseqüente afastamento do povo das decisões diretas a serem tomadas no âmbito social, todo o esforço de inclusão para a presença de um regime realmente democrático foi fragilizado, devendo, assim, ser desenhado novo cenário onde os princípios maiores da Modernidade, consubstanciados, na sua base, pela condução dos rumos sociais por meio da vontade popular, fossem retomados. Advém, desta forma, a democracia participativa<sup>137</sup>.

O consenso acerca do fato que os problemas sociais somente podem ser realmente resolvidos se encarados, analisados e discutidos pela população faz com que a democracia representativa, meio encontrado pelos modernos para a presença da vontade popular nos rumos decisórios da sociedade, seja cada vez mais aprimorada e, a partir desta evolução, possa-se ter, no povo, o agente e ator principal da (re)construção e formação dos Estados.

---

<sup>136</sup> MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 3 edição, 1999, p. 259.

<sup>137</sup> A justificada crítica de Franco Montoro à democracia representativa é muito bem explicada pelas precisas palavras do professor: “As novas condições de vida coletiva exigem novas soluções. A História não volta atrás. Camadas cada vez mais amplas da população tomam consciência do caráter meramente formal e aparente das antigas fórmulas democráticas, em que a participação do povo é mais simbólica do que real. E, de outra parte, as nações tomam, também, consciência de que os regimes não democráticos são incapazes de resolver, de forma estável e permanente, os problemas fundamentais do país e de sua população” (Op. cit., p. 260).

O esgotamento da essência da democracia meramente representativa, pela sua insuficiência na busca pela inserção popular junto aos direcionamentos de sua própria comunidade, pede a concepção de uma nova forma de organização governamental, onde o povo, titular deste poder, tenha participação efetiva. Segue, nesta esteira, o pensamento de Franco Montoro:

É preciso descobrir novos caminhos dentro da via democrática. E, entre os caminhos possíveis, a serem abertos através de reflexão e do trabalho das lideranças sociais, pelas novas gerações de homens públicos e de estudiosos da ciência política, situa-se a democracia participativa. Esta pode ser caracterizada como um modelo de organização democrática, fundado não apenas na ‘representação’ popular, mas também na ‘participação’ organizada e ativa da população nos assuntos de seu interesse.<sup>138</sup>

O estágio seguinte da democracia representativa há de ser orientado pela maior inclusão da população. A busca sempre deverá ser, para a realização dos princípios democráticos, pela inserção do povo nas decisões que irão nortear toda a composição da vida em comunidade. O tom dado pelo professor Montoro demonstra qual o sentido que deve ser adotado para a realização do bem comum.

A população, envolvida direta nas relações sociais, apresenta ampla condição para melhor decidir sobre a resolução de problemas, estabelecendo os caminhos a serem seguidos, frente às mudanças cotidianas. Às Constituições resta a obrigação de estar atentas às manifestações populares e apresentar mecanismos que permitam a resposta às mesmas, pela via da adequação.

Com a participação popular, reflexo direto da forma de governo democrático, sendo utilizada com maior constância e amplitude, os questionamentos sobre o funcionamento de uma democracia onde o povo só tenha voz pela manifestação de seus representantes, não mais têm valia. Esta a racionalidade que dá azo e explana a importância da participação ampla do povo para a plena realização do regime democrático<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> MONTORO, André Franco. Op.cit., pp. 260/261.

<sup>139</sup> Destaca Franco Montoro; “Qual o fundamento dessa exigência de participação?

Em primeiro lugar, uma razão de ordem sociológica e histórica. O homem contemporâneo começa a tomar consciência de que não é apenas um ‘espectador’ passivo da História, mas seu ‘agente’. É o que se

O caminhar da vida em sociedade aponta para a necessidade de cada vez mais ter-se, como meio possível para o alcance da justiça e harmonia social, a participação direta do povo. Toda e qualquer opção que se faça em sentido contrário à ampliação dos regimes democráticos em sua própria existência é um retrocesso social e, como tal, deve ser combatida. A democracia há muito vem demonstrando que é o melhor meio para a realização e alcance do bem comum<sup>140</sup>. Aos estudiosos cabe aprimorá-la, fazendo com que o povo, de modo progressivo, seja um sujeito realmente ativo na condução das decisões que moldam a vida em comunidade.

O desenvolvimento social pressupõe a participação daqueles que serão os sujeitos desta evolução. O povo, como ator e objeto das mudanças sociais, deve ter, também, para sua proteção absoluta, a possibilidade de alterar o conteúdo do mecanismo que serve como meio para a realização destas mudanças, qual seja, a Constituição.

Outro fundamental aspecto da participação popular há de ser anotado, para que se possa mensurar a importância deste instrumento para a busca do desenvolvimento social. A inserção popular no âmbito das decisões políticas de sua comunidade, servindo como instrumento de mudança, concede aos cidadãos um ânimo maior e uma resposta para a própria razão de sua existência. A participação é decisiva para o sentimento de inclusão popular. O homem, visto como peça fundamental da

---

pode denominar Consciência da História. Trata-se, como diz Pierre Antoine, de uma ‘transformação prodigiosa, uma atitude completamente nova do homem a respeito de sua própria história.’ O homem já não se conforma em suportar passivamente os acontecimentos. Não acredita na fatalidade, mas toma em suas mãos a própria história, procurando fazê-la e dominá-la. É nisso, sobretudo, que a história se tornou ‘consciente’. Essa consciência não se limita a algumas elites, mas se amplia progressivamente a todos os setores da vida social.” (Op. cit., p. 262)

<sup>140</sup> Franco Montoro, sobre esta questão, traz importante pensamento: “Esse sentimento de participação é um dos poderosos elementos propulsores da atividade humana. É ele que entusiasma e anima a ação dos construtores de uma obra coletiva, seja um edifício, um instrumento eletrônico, uma represa, uma catedral ou uma cidade. Há um certo orgulho em estar participando, com seu trabalho, na criação de uma coisa importante. Com razão pergunta Pierre Antoine: O que é que torna o homem feliz? Será apenas a riqueza, a posse ou a utilização de bens materiais? Não se pode confundir civilização e consumo com felicidade. Aumentar simplesmente o nível de conforto material ou a renda per capita, se não houver um sentido para a sua vida, poderá, ao invés de tornar os homens felizes, aumentar a sua frustração. Ser feliz não é somente não é apenas viver confortavelmente. Mas sobretudo dar um sentido e valor àquilo que fazemos.” (Op. cit. pg. 262)

engrenagem de um Estado, como agente transformador, passa a ter uma compreensão diferenciada de sua própria função social.

A vida em comunidade, organizada por um poder central, ou ainda forjada em bases decisórias advindas de uma representação (mesmo que escolhida por meio do voto direto), não tem a mesma força que tem a organização comunitária que é direcionada pela vontade direta de seus cidadãos. Neste último caso, há como uma “promoção dos cidadãos”, que deixam de ser espectadores para ser agentes transformadores. Este, inclusive, um dos ensinamentos sublinhados por Montoro:

A importância da participação pode ser assim sintetizada:

- 1) as decisões e os programas são enriquecidos pelo conhecimento e a experiência de muitas pessoas;
- 2) têm, por isso, maior probabilidade de corresponder às necessidades reais e serem eficientes;
- 3) as pessoas que cooperam na elaboração ou nas decisões tornam-se mais interessadas e envolvidas na sua execução; não precisam ser convencidas;
- 4) quando se substitui a passividade pela participação, dá-se aos interessados a oportunidade de ampliar seus conhecimentos e aperfeiçoar sua competência e cultura;
- 5) em suma, a participação serve melhor ao bem comum e assegura a promoção humana.

É assim, o grande instrumento de combate ao conformismo, à passividade, ao espírito de dependência e à massificação.<sup>141</sup>

A participação não é, meramente, um meio mais eficiente para a condução das demandas sociais e o alcance de uma sociedade mais justa, mas também é um caminho para a satisfação pessoal de cada cidadão. A possibilidade de ditar os rumos da sociedade em que se vive não somente colabora para a melhor e mais adequada solução dos problemas como dá uma razão maior para o próprio viver dos membros de cada comunidade.

A iniciativa popular, a possibilidade de não só falar, mas de falar e ser ouvido, gerando, os reclames do povo, mudanças no sistema normativo pátrio, ocasiona um natural bem-estar no seio da sociedade, o qual, por obviedade, aliado a melhor condução das mutações sociais (que efetivamente é feita pelo povo), gerará a harmonia social e o conseqüente desenvolvimento da vida comunitária.

---

<sup>141</sup> Op. cit., p. 264.

A liberdade de expressão nada é sem encontrar acolhida, se não for possível que a expressão tenha como consequência uma resposta positiva, ou ao menos um palco para o desenvolvimento da idéia posta e uma possibilidade de recebimento da mesma. Poder falar, expressar-se livremente, é um direito fundamental, pois essencial para a própria existência dos seres humanos que vivem em sociedade. Todavia, esta liberdade não pode se encerrar na manifestação pura e simples, mas sim deve ter fim na oitiva da idéia e na possibilidade de mudança trazida pelo pensar. Do contrário, a realização desta liberdade será manca.

O que se tem, então, com o término do período antigo e o ingresso na Modernidade, é a escolha pela oitiva popular como instrumento de mudança, pela inserção do povo nos caminhos a serem adotados e seguidos pela sociedade. Com os grandes conglomerados sociais, tornou-se impraticável a democracia direta, deixada pelos gregos. A opção a ser adotada foi a democracia representativa.

Como se viu, as *Declarações de direitos* do século XVIII e, após, as do século XX, tinham por orientação principal a construção de sociedades a partir da iniciativa popular. O povo passou a ser o grande agente (trans)formador dos Estados que foram esculpidos no período moderno. Com a democracia representativa, cada vez mais a população se afastava das orientações diretas e das decisões finais que definiam os próprios regramentos sociais. O desestímulo, o descaso e o não comprometimento popular, oriundos deste distanciamento do povo, relativo à formação dos Estados, fez com que os estudiosos vislumbrassem na democracia participativa a saída para a retomada dos princípios forjadores de todo o ideal moderno, advindo com o pós-guerra.

A participação, assim, passou a ser não só a via ideal para a efetivação dos regimes democráticos, como, também, um estímulo para o povo, na medida em que a própria condição dos indivíduos passa a ser, neste caso, alterada, fornecendo maior importância à população, a qual, de reles espectadora e agente secundária do processo

formativo do Estado (como votante), galga estágio superior, passando, na democracia participativa, a ditar os moldes que irão nortear as relações sociais<sup>142</sup>.

A democracia, em que pesem discussões acerca de seu significado e de sua manifestação, é, sem dúvida, a forma mais adequada de organização social, como acentua Dworkin:

A concordância quase universal de que a democracia é a única forma aceitável de governo oculta discordâncias mais profundas deste caráter.<sup>143</sup>

Assim, o caminho, obviamente, deve ser o aprimoramento dos instrumentos democráticos, para que esta forma de governo, a mais precisa até então experimentada para a resposta aos reclames sociais, torne-se mais efetiva, representando, sim, a vontade da população na organização das estruturas governamentais. Resta saber se dispositivos petrificados poderiam, dentro do contexto evolutivo apresentado, servir de alguma forma para a realização plena da democracia.

### 3. DEMOCRACIA E CLÁUSULAS PÉTREAS – UM DILEMA SOLÚVEL?

A história e os erros cometidos em tempos passados, concedem às gerações futuras a possibilidade de mudar para melhor; de, verificado o tropeço, o

---

<sup>142</sup> Adota-se, neste estudo, a concepção “majoritarista” de democracia, a qual é bem explicada por Ronald Dworkin, o qual, sublinhe-se, também a utiliza ao tratar do assunto: “A democracia, dizemos todos, significa governo exercido pelo povo, e não por alguma família, classe social, tirano ou general. Mas pode-se entender “governo exercido pelo povo” de duas maneiras radicalmente distintas. Em uma delas – a concepção ‘majoritarista’ - significa o governo exercido pelo maior número de pessoas. Nessa visão majoritarista, o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria, ou pluralidade de opinião. Podemos elaborar diversas versões dessa teoria geral da democracia. Uma delas é a versão populista: o Estado é democrático, segundo esta versão, até o ponto em que o governo aprova as leis ou procura exercer a política que tenha, na época, a aprovação do maior número de cidadãos. Uma versão mais sofisticada da concepção majoritarista, porém, afirma com veemência que a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos. O Estado é democrático, nessa teoria mais elaborada, quando suas instituições dão tal oportunidade aos cidadãos e, então, permitem que a maioria deles escolha os representantes cujas políticas respeitam sua vontade. Essa teoria requintada é claramente mais atraente do que a populista, e eu a terei em mente quando falar, no restante deste capítulo, na concepção majoritarista de democracia” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1 edição, 2005. p. 502.

<sup>143</sup> Op. cit. pg. 501.

equivoco, o desrespeito, evoluir positivamente. Com relação às organizações sociais a máxima não é diferente.

Os desmandos praticados pelos governos totalitários e os abusos oriundos das decisões tomadas por déspotas acabaram por gerar o senso comum caracterizado pelo fato de ser a democracia o regime mais adequado para a construção das organizações comunitárias, como aponta Paulo Bonavides:

Sem democracia, todas as formas de *status quo* que alojam, conservam e perpetuam situações de privilégio, desigualdade e discriminação tendem à imutabilidade, eternizando as mais graves injustiças sociais ou fazendo do homem, para sempre, um ente rebaixado à ignomínia da menoridade política, da ausência e do silêncio, sem voz para o protesto e sem arma para o combate; objeto e não sujeito da vontade que governa; súdito e não cidadão.<sup>144</sup>

Nesta trilha, com a Modernidade adveio também a limitação do poder, trazendo, para a população, uma realidade de participação maior, colocando-a como grande agente (re)formador dos Estados. A este respeito, importante destacar a compreensão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que pontua:

A primeira limitação ao poder do Estado assim é a fronteira que traça para a sua atuação a existência da liberdade, das liberdades humanas. Ou, na fórmula lapidar de Duguit, ‘a consequência disso é que o estado é limitado por esses direitos individuais e anteriores a ele.’

Assim, é bem claro que, para os autores das Declarações, estas constituiriam o crivo pelo qual se aferiria a validade dos atos de governo. O poder estatal, portanto, havia de ficar dentro dos limites fixados pelas Declarações ao enunciar os direitos fundamentais, principalmente os direitos individuais como aponta o art. 2 da Declaração francesa: ‘A liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão.’. Ou se preferir a fórmula norte-americana, ‘a vida, a liberdade e a busca da felicidade.’

(...)

Enfim, o Poder não pode afrontar o Direito que as Declarações enunciam destruir a si próprio, já que ele resulta do consentimento, de um consentimento dado sob a condição de que sirva para proteger a liberdade. Assim, toda violação que o Poder pratique destrói o seu fundamento legítimo porque o Poder provém do pacto social e este tem por finalidade assegurar a liberdade.<sup>145</sup>

A base dos regimes democráticos é e sempre foi a sua fundação pelo pacto, pelo consenso social. A vontade popular, norte maior destes regimes, não pode,

---

<sup>144</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta...*, cit., p. 19/20.

<sup>145</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2 edição, revista e ampliada, 1999. pp. 16/17.

assim, ser mitigada em qualquer nível. Com o fim da Antigüidade, as limitações trazidas pelas *Declarações de Direitos* do século XVIII e mantidas pelas Constituições que as seguiram, bem como pelas *Declarações de Direitos* do século XX, diziam respeito ao poder central, ou seja, ao poder do Estado. Este, de acordo com aludidos documentos, sempre deveria estar submetido ao pacto social, representado, após sua conclusão, pelas Constituições que construiriam os Estados. Quanto à limitação à manifestação popular, esta não pode ocorrer de forma alguma, até porque sua ocorrência tão-somente traz o retrocesso representado pela concentração de poder.

As limitações advindas das vitórias representadas pelas *Declarações de Direitos* dos séculos XVIII e XX e insculpidas nas Cartas Constitucionais da maioria dos Estados (re)fundados desde o terceiro quartel do século XVIII fizeram com que o poder central fosse afastado para que a vontade popular pudesse reinar com a elaboração de acordos sociais que seriam os guias das relações comunitárias que se estabeleceriam.

Dentro desta nova realidade, o regime democrático se tornou o maior aliado desta mentalidade e instrumento imprescindível para a efetivação deste móvel que objetivava tornar concreto o sonho escrito nas *Declarações de Direitos*.

Inserido nos contextos organizacionais das sociedades, a democracia acabou por expor sua importância, pela sua configuração como meio mais apropriado para, diante das mudanças e novas demandas naturais ocorridas no cerne das comunidades, possibilitar a resposta, em tempo hábil, e assim garantir a evolução e o desenvolvimento social em busca da paz, justiça e harmonia das sociedades. O dinamismo social carecia de um regime que pudesse responder à movimentação ininterrupta dos agentes sociais e a democracia foi a mais apropriada resposta para esta carência. Marcos Nobre, com didatismo, ilustra muito bem esta questão ao discorrer:

A igualdade formal garantida pelos direitos civis – na verdade, liberdades negativas, direitos contra a interferência do poder soberano na autonomia privada – só poderia se tornar efetiva se o cidadão tivesse direito a participar na organização política do próprio poder soberano. Nasce daí, por exemplo, a necessidade da distinção entre o Estado e o governo, entre o poder soberano e sua forma transitória de organização. Desse modo, a defesa do cidadão contra possíveis interferências do poder soberano em sua autonomia privada só poderia ser garantida pela instituição dos direitos políticos de participação no

poder soberano. De modo que os direitos democráticos vieram completar, portanto, os direitos negativos à liberdade.

Esses dois tipos clássicos de direitos fundamentais, por sua vez, não são capazes de garantir por si sós o seu exercício pelo cidadão. Nesse sentido, pelo menos dois séculos de luta social foram necessários para que as instituições da cidadania moderna acolhessem mecanismos de compensação das desigualdades materiais, consubstanciados nos direitos sociais. Desse modo, vê-se que o motor desse processo, que leva do estabelecimento de um conjunto de direitos a outros, é a necessidade de atacar as desigualdades materiais que impedem a efetivação dos direitos formais garantidos aos cidadãos.

Cada novo tipo de direitos que surge vem compensar e complementar o anterior: os direitos políticos complementam os dois primeiros. E o sentido dessa complementação é o de buscar compensar desigualdades materiais que impedem o exercício efetivo da igualdade formal garantida pelo direito. Sendo assim, um novo tipo de direitos surge para permitir a realização efetiva dos direitos que o precedem. Mas, sendo o direito moderno abstrato, formal e geral, como um novo tipo de direitos pode compensar as desigualdades do anterior, já que, como o seu precedente, também ele tem de ser abstrato, formal e geral?<sup>146</sup>

A dinâmica das relações sociais faz com que o regime democrático só o seja realmente democrático se as Cartas que estabelecem o pacto social acolherem, em seus âmagos, a possibilidade de, verificada a mudança, estabelecer novos dispositivos que, respeitados os demais princípios e valores presentes na referida Constituição, possam responder aos clamores sociais que surgem com celeridade<sup>147</sup>.

Com o constitucionalismo e a instauração de organismos sociais constitucionais, inerente a estas organizações passou a ser também a configuração das mesmas, como regimes democráticos<sup>148</sup>. Frente a esta nova realidade, houve a

---

<sup>146</sup> NOBRE, Marcos. Texto intitulado: *Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução*. Retirado do livro: *Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. Organização Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 1 edição, 2004. pp. 25/26.

<sup>147</sup> Sobre o dinamismo das relações sociais e a formação de novos direitos, escreve Marcos Nobre: “Com isso, torna-se possível mais uma vez explicar a ligação intrínseca entre movimentos sociais e o surgimento de novos tipos de direitos, tal como Marshall já havia feito anteriormente. Esses novos tipos de direitos, entre os quais se contam os chamados ‘diretos culturais’, parecem apontar para um novo modelo de cidadania, cujos contornos ainda não estão muito claros, mas que seria um modelo em que a promoção da igualdade deve ser concomitante à promoção de um cidadão que não seja mero cliente do Estado, mas que também questione a própria lógica da ação estatal e que encontre novas formas de participação nas decisões e novas formas de promoção da igualdade. Mas esse estado de coisas não leva apenas a uma configuração inteiramente nova das relações entre Estado e sociedade. Pois as demandas dessa nova cidadania não se dirigem apenas ao reconhecimento por parte do Estado da legitimidade da reivindicação de um cidadão ou de grupos de cidadãos, mas também ao reconhecimento pelo conjunto da sociedade da legitimidade da sua situação particular” (Op. cit., p. 29/30).

<sup>148</sup> Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho: “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma ‘linha Maginot’ entre ‘Estados que têm uma constituição’ e ‘Estados que não têm uma constituição’, isto não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como

necessidade da instituição de mecanismos que protegessem tais normas constitucionais, como demonstra José Joaquim Gomes Canotilho:

O Estado democrático constitucional ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a Constituição. A idéia de *protecção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a idéia de defesa do Estado, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).

A partir do *Estado constitucional* (cfr. *supra*) passou a falar-se de defesa ou garantia da Constituição e não mais de defesa do Estado. Compreende-se a mudança de enunciado lingüístico. No Estado constitucional objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado constitucional democrático.<sup>149</sup>

Não resta dúvida de que todas as vitórias democráticas conseguidas no decorrer de séculos de lutas e perdas, devem encontrar, nas Constituições (que garantem ao povo o exercício destes direitos), garantias e instrumentos que a tornem protegidas contra desmandos, ou mesmo contra o “canto das sereias”<sup>150</sup> que pode levar a sociedade, também, a retrocessos não desejados.

A análise a ser feita é justamente quanto a qual meio deve ser utilizado para a defesa das Constituições. As cláusulas pétreas, um destes tantos caminhos que servem a esta protecção, quando inseridas em um universo democrático, logo despontam como uma possibilidade dissonante por serem, na sua essência, antidemocráticas. Isto, pois para as cláusulas de intangibilidade as mudanças sociais pouco importam e a única possibilidade diante da necessidade de alteração de um dispositivo petrificado,

---

Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do ‘poder dos cidadãos’” (*Direito Constitucional...*, cit., p. 98).

<sup>149</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, cit., p. 859.

<sup>150</sup> Expressão utilizada por Alejandro M. Garro, na apresentação à obra de Oscar Vilhena Vieira, para se referir aos encantos sedutores que podem trazer à população, ao contrário do que pudesse parecer, retrocessos indesejados. (*A Constituição e sua reserva de justiça...*, cit., p. 10).

frente o momento e a situação histórica vivida, é a elaboração de um novo texto constitucional. Ou seja, a solução, quando imprescindíveis sejam as alterações no sistema constitucional, em dispositivos petrificados quando do marco histórico de fundação do Estado, é a quebra institucional e o dismantelo de toda a organização social construída. A cautela e as palavras com que trata destes dispositivos superconstitucionais, caracterizam o alerta já feito, nesta obra, por Gomes Canotilho, frente a dificuldade de se compor estas previsões imutáveis, com as mudanças constantes que surgem nos corpos sociais:

A Constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial através de cláusulas de irreversibilidade e de um processo ‘agravado’ das leis de revisão. **Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da Constituição contra adaptações e mudanças necessárias.** Mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado. A ideia de garantia da Constituição contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do *procedimento e limites de revisão* quer das situações de *necessidade constitucional*.<sup>151</sup> (destaquei)

O novo, decorrência do dinamismo social, que será agredido por estas previsões de irreversibilidade. Não há como escapar a esta realidade. O princípio básico que configura as cláusulas pétreas é a impossibilidade de mudança destes dispositivos, salvo por força de comandos de outro Poder Constituinte inicial. Porém, como ficam a vontade popular e a segurança jurídica do Estado (que tem na durabilidade de seu sistema constitucional o maior aliado) diante desta orientação?

Esta preocupação e este paradoxo já eram destacados pela melhor doutrina, mas devem ser analisados com mais atenção, uma vez que a intenção de defesa da Constituição e por consequência do próprio Estado (como leciona J. J. Gomes Canotilho), por meio das cláusulas pétreas, poderá gerar a própria destruição do Estado. José Carlos Francisco a este respeito já alertava:

Devemos reconhecer um fato. Paradoxalmente, as cláusulas pétreas, se entendidas como absolutas, acabam provocando a ruptura da Constituição, pois para modificá-las em face das transformações sociais acaba-se optando pela elaboração de todo um novo ordenamento constitucional, cujo processo

---

<sup>151</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, cit., p. 861.

constituente originário, muitas vezes, é realizado por mecanismos com legitimidade democrática duvidosa.

Gilmar Mendes Ferreira, após aceitar a validade das cláusulas pétreas sob o ângulo estritamente teórico, anota que ‘não se pode negar, porém, que a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa-de-força do regime da imutabilidade’<sup>152</sup>

Ora, não se negam dois fatos: (i) indiscutível que a Constituição, para sua vida serena e profícua, com o fito maior de realizar o bem comum, deve encontrar em seu próprio corpo mecanismos de proteção de seus valores e princípios maiores; e (ii) as cláusulas pétreas surgem desta boa intenção de conceder à Constituição o “céu de brigadeiro” que assegure a esta a sua plena realização. Mas a realidade da existência destas cláusulas de irreversibilidade clama por um estudo acurado sobre a sua adequação dentro de um regime democrático, como o devem ser os regimes constitucionais.

As Constituições, sem instrumentos que protejam a sua existência e sem mecanismos que garantam a sua supremacia frente aos demais diplomas, deixariam de ter garantida a sua durabilidade (fundamental para a garantia de segurança jurídica aos cidadãos), como também configurar-se-ia como um instrumento legal comum. Não há dúvida que a defesa das Constituições, assim, é a defesa dos próprios regimes democráticos.

Sendo o regime democrático uma das traves mestras do sistema constitucional (cf. ensina J. J. Gomes Canotilho), a proteção à Constituição de um Estado é uma proteção ao próprio regime democrático. Não podem as cláusulas superconstitucionais ser instrumentos de defesa das Constituições, pois estas, ao limitarem a capacidade de revisão popular, passam a ser, naturalmente, uma afronta ao princípio democrático.

---

<sup>152</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais ...*, cit., p. 92.

A possibilidade de revisão, de alteração do texto constitucional, sem a quebra institucional, há de ser alternativa primeira de um Estado de Direito, em nome da proteção do sistema constitucional e bem assim em respeito à evolução social.

Os textos constitucionais nascem de um marco histórico definido, da análise do contexto social do presente, o qual foi forjado pelas heranças deixadas pelo passado recente daquela determinada comunidade. O Poder Constituinte originário, diante do instante criador que cerca toda a realidade que emoldurará o novo Estado, a ser construído, teria o poder de engessar gerações futuras, com base no pequeno conhecimento que a pouca história vivida lhe concedeu, aliado a uma arrogância de determinar o alcance das demandas que o futuro irá impor àquela sociedade? Vital Moreira, em reflexão sobre a matéria, discorre:

E é fácil ver que neste ponto se liga uma das mais problemáticas das questões que o princípio democrático coloca ao constitucionalismo, nomeadamente quanto a saber em que medida é que o poder constituinte pode constringer *ad eternum* a vontade democrática para o futuro.<sup>153</sup>

A vontade popular sempre foi o combustível que moveu os regimes democráticos. Qualquer imposição que vise limitar esta iniciativa irá de encontro com o princípio democrático e, bem assim, com os sistemas constitucionais modernos. Sob a justificativa de proteção dos mais fundamentais aspectos que estruturam o Estado, as cláusulas pétreas são utilizadas sem pudor e restringindo, como natural fosse, a possibilidade de mudança, mesmo que aludida petrificação possa fazer desmantelar todo o regime constitucional montado.

Não há como esquecer os preceitos contidos no artigo 28 da Constituição Francesa de 1793 (a Constituição Jacobina), que vieram justamente desta busca incansável por retirar o cidadão da margem das decisões de seu Estado, colocando-o como agente mais destacado do contexto social:

---

<sup>153</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia ...*, cit., p. 266.

Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras.

O embate que se vislumbra sempre se dará nas situações nas quais as cláusulas pétreas são vistas como conceito absoluto, ou seja, cláusulas petrificadas insculpidas em bases flexíveis e relativas, poderiam, de melhor forma, adequar-se ao sistema jurídico de um Estado, sem desprezar o movimento social inevitável<sup>154</sup>.

A Modernidade trouxe para os cidadãos um novo cenário, uma nova realidade, onde a vontade popular foi retomada como meio precípua para a formação dos Estados. Através do pacto social, combinação e entendimento de valores e limites, expostos pelos cidadãos, forjar-se-iam Constituições, documentos supremos que ditariam, a partir deste marco inicial, os caminhos a serem seguidos por aquela determinada sociedade.

A limitação da vontade popular, após este marco (re)fundador do Estado, acaba por retirar o princípio básico que deve nortear os Estados constitucionalizados, que é o princípio democrático. As cláusulas pétreas, como possibilidades de defesa das Constituições, por meio da limitação à iniciativa popular, não podem conviver, assim, mansamente, com o sistema constitucional democrático. À população sempre caberá, antes, durante e posteriormente à promulgação de uma Constituição, manifestar-se sobre os rumos que aquele grupo social está seguindo.

Inegável, contudo, que a Constituição deverá, em seu corpo, tornar dificultosa a alteração de seus comandos, até porque, como documento supremo, não pode ser modificada simplesmente como são alterados os demais diplomas legais infraconstitucionais. A Constituição forja o Estado e as relações que serão mantidas por seus cidadãos, a sua mudança pressupõe uma mudança nas regras do jogo e, se

---

<sup>154</sup> De acordo com José Carlos Francisco: “Vale salientar que há coerência em se aceitar o valor e utilidade das cláusulas pétreas e, por sua vez, admitir sua superação. Com efeito, é o conceito *absoluto* das cláusulas pétreas que gera o paradoxo em tela, motivo pelo qual a sua configuração *relativa ou flexível* (tornando-as cláusulas de *superagravamento* para a alteração) se afeiçoa à realidade institucional e jurídica em contínua transformação.”(FRANCISCO, José Carlos. Emendas Constitucionais ..., cit., p. 93).

efetivadas sem respeito a procedimentos rígidos e dificultosos, a segurança jurídica concedida, também, pela certeza do conhecimento das regras do jogo, ficará ameaçada.

A Constituição, como se pontuou, é um marco. A partir do ato de constitucionalização, uma série de direitos e valores são eleitos como supremos, como fundamentais para aquele determinado momento histórico. Elaborada a Carta maior de um Estado, toda uma gama imensa de pretensões e demandas, que não foram constitucionalizadas, são colocadas à margem do documento supremo daquela sociedade. Poderão, sem dúvida e se não afetarem a Constituição, ser matéria de legislações outras e posteriores à Carta Magna, ou mesmo poderão ser inseridas na Constituição pela via da emenda, mas não fizeram parte daquele marco inaugural do Estado.

Claro está que o ato de constitucionalização, sob este aspecto, é um ato de limitação da liberdade de expressão e da liberdade de iniciativa popular (como já estudado). Isto porque, a partir da Constituição, fecham-se as portas para a construção do Estado. Não é outro o ensinamento de Vital Moreira:

Por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da liberdade de decisão da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio da maioria e, em última instância, mais limitação do princípio democrático. Toda a discussão americana tradicional entre constitucionalistas e democráticos roda à volta deste ponto, como bem o sabemos. O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático. Constitucionalizar é colocar fora do comércio político, que o mesmo é dizer: fora do alcance da vontade da maioria daquilo que é constitucionalizado.<sup>155</sup>

E continua o autor:

O excesso de Constituição pode ter o efeito perverso de levar os operadores políticos e os próprios intérpretes e aplicadores da Constituição a leituras complacentes ou laxistas para salvar a Constituição para a realidade constitucional. O efeito do excesso de Constituição pode, contraditoriamente, acabar num déficit de normatividade dos preceitos constitucionais. Paradoxalmente, quanto mais Constituição, menos Constituição.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia ...*, cit., p. 272.

<sup>156</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia...*, cit., p. 272.

A idéia trazida por Vital Moreira, de quanto mais Constituição, menos Constituição, está diretamente ligada aos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho sobre o fato de que, hoje, os Estados constitucionais são, antes de mais nada, Estados democráticos. Ora, se pressupõe a democracia, participação popular, quanto mais rígida for uma Constituição, quanto mais inflexível seus mandamentos e quanto mais engessar as gerações futuras, mais possibilidade de inalterabilidade esta terá, mas tanto menor será também, o seu caráter democrático, pois afastará do julgo popular as decisões futuras. Ou seja, quanto mais Constituição, menos Constituição.

Para cumprir adequadamente seu papel, como instrumento supremo, fundador de um Estado democrático, deverá a Constituição trazer em seu cerne a possibilidade de discussão, pelos cidadãos, de sua mudança, inserindo em seu corpo dispositivos inicialmente não contemplados e possibilidades não vislumbradas quando do momento inicial de sua promulgação.

As cláusulas pétreas, vistas como absolutas, não podendo ser objeto de uma alteração nem por mecanismos detalhados de revisão, fazem com que o seu convívio no sistema democrático seja prejudicado. O enquadramento definitivo do futuro em moldes estabelecidos e fechados é impossível pela própria essência da sociedade. Importantes as palavras de Vital Moreira sobre a relação entre Constituição e democracia para que se torne claro que a defesa da Constituição não deve ser, necessariamente, feita pelas cláusulas de irreversibilidade:

Penso que, desde há muito tempo, temos de entrar com uma qualificação: é que não apenas a Constituição é um limite do poder democrático, é também o princípio democrático que pode ser o limite da Constituição.<sup>157</sup>

Estabelecida a crítica e a demonstração de que os dispositivos superconstitucionais acabam por ser instrumentos contrários ao princípio democrático, resta buscar alternativas para a viabilização do sistema constitucional, de modo a garantir, sempre, seu caráter supremo.

---

<sup>157</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia ...*, cit., p. 282.

## **IV – AS CLÁUSULAS PÉTREAS E AS ALTERNATIVAS PARA PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

As Constituições, como já longamente analisado, servem, nos regimes democráticos, como instrumentos estabilizadores. Ou seja, a partir do pacto social, documentos são elaborados (Constituições), com o fim último de se expor, nestas Cartas, a vontade popular e, bem assim, o modelo pelo qual pretende a comunidade alcançar a paz e justiça social, pelo desenvolvimento de suas virtudes e a proteção contra suas fraquezas, com a intenção de alcance da felicidade.

Nesta trilha, o momento inaugural de um Estado é de extrema importância, pois vinculará todas as relações estabelecidas no corpo daquele Estado, na vigência da Carta suprema, bem como construirá o campo no qual irão nascer e desenvolver-se as gerações futuras.

A partir da Constituição, todo arcabouço legal (infraconstitucional) também será modelado, sempre baseado nos ditames constitucionais e nunca ignorando os comandos da Carta suprema, sob o risco de ser retirado do sistema pátrio em questão.

Ao determinar toda a formatação do Estado, não pode a Constituição prescindir do sentido de durabilidade, como já demonstrado. A sociedade viverá em condições mais harmônicas e propícias para o desenvolvimento de seus cidadãos, quanto mais durável for a Carta suprema daquele Estado. Esta uma fórmula simples, uma vez que a Constituição, ao delimitar toda a estrutura de convívio social, apresenta os parâmetros e limites que deverão ser verificados pelos indivíduos. A partir desta verificação é que os cidadãos construirão suas vidas e relações, visando a realização individual e coletiva. Com a certeza de duração do texto constitucional, claro está que a segurança jurídica da sociedade em questão será maior e, por conseguinte, a estrutura social em análise será mais harmônica. Mas o que concede esta certeza de durabilidade das Constituições? A resposta está nos mecanismos constitucionais de proteção das Cartas supremas.

Buscando afastar o retrocesso e garantir as conquistas duramente (por vezes) alcançadas em certo momento histórico de criação de um Estado, as Constituições, em seus corpos, trazem mecanismos de proteção da própria Carta, os quais têm por móvel a garantia de durabilidade do texto supremo e geram, conseqüentemente, o sentido de supremacia das Constituições (conforme José Afonso da Silva).

As cláusulas pétreas nada mais são do que um destes instrumentos. Com a bem-intencionada pretensão de eleger um grupo de dispositivos que não podem ser tocados, o legislador constituinte torna seguro os princípios constitucionais julgados mais importantes para a estrutura estatal forjada. Deste modo, afasta-se (pelo menos é o que se pretende com este ato) o perigo de retrocesso e perda de direitos, assegurando, o legislador inicial, um rol petrificado de previsões que deverá ser verificado e respeitado pelas gerações que se seguirem ao marco histórico de fundação do Estado em questão.

Contudo, não se pode esquecer que o Direito obriga e a Constituição, como lei suprema, obriga a tudo e a todos. Com previsões petrificadas no corpo da Carta Suprema, impossibilitadas estão, as gerações futuras, de responder (em situações em que seja necessário rever os dispositivos superconstitucionais) às novas demandas que venham a campear a realidade de aludido agrupamento social.

A própria essência das cláusulas pétreas é um contra-senso, pois surgem dentro de ordenamentos que regulam a vida de cidadãos e esta, como se sabe, é dinâmica, não podendo conviver, obviamente, com a idéia de engessamento, de inviabilização do novo. Fundamental o pensamento de Emmanuel Kant, neste momento:

Ora, tudo o que é injusto contraria a liberdade, segundo leis gerais. A resistência é um obstáculo posto à liberdade. Logo, se algum uso da própria liberdade constitui um obstáculo à liberdade, segundo as leis gerais (isto é, injusto), nesse caso a resistência que se lhe opõe, como se fosse destinada a fazer ceder o obstáculo à liberdade, está conforme à liberdade segundo leis gerais, isto é, que é justa: por conseguinte o direito é inseparável, segundo o princípio da contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe ao seu livre exercício.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 3 edição, 2005. p. 47.

Ora, o livre exercício do Direito deve ser concebido, em uma estrutura constitucionalizada, como um meio pelo qual exista a possibilidade plena de todas as gerações que sejam formadas naquele instante constitucional, de utilizar as suas liberdades, com o fim de alcance da justiça, paz e realização social. Com dispositivos petrificados os embargos às liberdades de gerações futuras é claro e deve, portanto, ser afastado.

Em um Estado de Direito (como já analisado nesta obra), as liberdades devem ser usadas sempre de acordo com a lei, ou seja, poderá a Constituição, ou melhor, deverá a Constituição, estabelecer os limites à liberdade. Como Poder soberano, pode a lei limitar as atuações em benefício da coletividade. Esta limitação, porém, se dá a partir de um consenso social momentâneo. Na fundação de um Estado, as pretensões e ditames que foram estabelecidos e que constam da Carta suprema, representam aquele corte histórico. Não há como se conceber, em regimes constitucionais democráticos, que a Carta Magna possa estabelecer parâmetros de vinculação “eternos”, pois neste caso ou se falará em menor participação popular, com a conseqüente mitigação do princípio democrático, ou em efemeridade da Constituição, e aí estar-se-ia diante de um solo que não conseguiria, certamente, fomentar o crescimento de relações estáveis e alcance da justiça e paz social, pela insegurança jurídica posta.

Nos dias atuais, ainda, com o advento da globalização e a comunicação cada vez mais intensa entre os Estados, com o fim de desenvolvimento conjunto dos povos, a realidade de previsões constitucionais petrificadas torna-se mais absurda, pois mitiga a participação e inserção nacional no cenário dinâmico e cambiante das relações multilaterais, que demanda a possibilidade de alteração e mudanças constantes.

Este quadro globalizado em que se vive atualmente precisa da participação cada vez maior dos cidadãos para o alcance da verdadeira justiça social. Não são outras as palavras de Friedrich Müller:

A Democracia e o Estado de Direito necessitam do seu potencial na resistência contra exigências intoleráveis do direito do mais forte. E o Estado nacional é necessário, com urgência cada vez maior, enquanto quadro referencial – entretanto relativizado – de uma política social reformista e da atividade da sociedade civil.<sup>159</sup>

Pensar uma nova estrutura do Estado-nação é sempre fundamental quando este é colocado em xeque, diante de novas realidades. E este exercício é feito nesta dissertação (mesmo que parcialmente) ao se discutir o cabimento, em regimes democráticos, das cláusulas pétreas. E esta discussão, como ora destaca-se, é ainda mais importante no momento globalizado em que se vive, onde a necessidade de vislumbre do novo para a mudança e alcance da vontade popular se faz muito mais presente, pois não diz respeito, somente, aos aspectos regionais, mas sim às realidades universais que geram efeitos diretos nas instâncias internas de um Estado.

Destacando em claras palavras o fenômeno da globalização, acentua

Müller:

O que denominamos – com um diminutivo eufemístico – ‘globalização’, não é apenas uma integração econômica do mundo que transcorre, por assim dizer, de modo meramente técnico; não é apenas uma divisão complexa do trabalho em escala mundial, uma reestruturação vertiginosa dos sistemas de gestão e das economias nacionais e o aumento da dependência econômica recíproca. Trata-se, sobretudo, de um novo jogo de violência e poder, de um Executivo planetário não-democrático que opera nos bastidores e é formado pelo FMI, pelo Banco Mundial, pela OMC, pela OCDE e pelas cúpulas do G8. Trata-se de uma aplicação tão abstrata quanto brutal dos modelos econômicos e da ideologia da política econômica dos países industrializados mais ricos do Ocidente às sociedades da assim chamada periferia. No seu cerne, a mundialização é uma monetarização mundial. Globalizam-se as leis do capital: maximização do lucro para poucos por meio da política de ofertas, flexibilização dos assalariados por meio da redução dos sistemas de previdência social das privatizações, impostos reduzidos, isenção de impostos para a escolha de ‘localizações’ de investimentos, liberação das taxas de câmbio e das transferências financeiras – em resumo, desmonte do sistema Bretton Woods. Segundo este, foram trocadas divisas para financiar o comércio e os investimentos reais – ou seja, num campo em que sempre fora da política e o da responsabilidade democrática dos países individuais. A *desregulamentação global*, marca registrada do turbocapitalismo, desferiu um golpe mortal no sistema de 1944, com o resultado de que, na virada de 1999

---

<sup>159</sup> MÜLLER, Friedrich. *A Limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência*. Artigo retirado do livro: *Constituição e Democracia – estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. Coordenadores: Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros e Faculdade Christus, 2006. p. 209.

para 2000, 98% do volume de capitais diretamente flutuantes no montante total de 1,5 trilhões de dólares já era de natureza especulativa (em 1971 esse volume fora apenas 10%; no modelo econômico mais antigo, 90% referiam ainda a capitais de investimentos reais).<sup>160</sup>

A preocupação de Friedrich Müller não pode ser simplesmente ignorada, pois fundada em fatos e números efetivamente existentes. Os Estados-nação, que tinham a obrigação de realizar o bem-estar da sociedade, com foco último no alcance da paz e justiça social, já não foram exitosos nesta tarefa, quando tiveram de lidar tão-só com as realidades regionais como instrumentos dinamizadores. Agora, com as comunidades globalizadas, onde os Estados se inter-relacionam de modo intenso e constante, seja por meio de decisões advindas, do que chamou Friedrich Müller, de um *Executivo planetário não-democrático*, seja pelos contatos efetivados nas esferas privadas, devem as nações estar preparadas para responder a este dinamismo universal, mais acelerado e complexo.

A discussão acerca do cabimento, em regimes democráticos, de cláusulas pétreas, ganha, sob esta ótica, ainda mais importância, pois se inconcebível o sentido de engessamento com o dinamismo imposto pelas comunidades e seus relacionamentos dentro de um Estado, o que se dirá desta contradição quando vislumbrada a realidade atual de intersecção mundial dos Estados.

Este clamor por uma participação mais direta dos cidadãos nos rumos decisórios das esferas de interesse dos indivíduos é muito bem expresso pelas assertivas de Friedrich Müller:

Os cidadãos social e politicamente ativos lutam por uma *democracia mais participativa*, bem como, no plano transnacional, por *formas coletivas de ação*, ramificadas e interligadas em redes de alta mobilidade. Essas formas não estão mais vinculadas à nação ou ao Estado-nação. São formas de democratização sem a participação do Estado. Sem elas não será possível empenhar-se eficazmente contra efeitos perversos dessa espécie de globalização.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 210.

<sup>161</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 215.

Ora, se a demanda atual, como aponta o autor, indica a necessidade de participação cada vez mais direta dos cidadãos<sup>162</sup>, seja no campo nacional como na esfera internacional, falar-se em Cartas constitucionais que petrifiquem, mesmo que parcialmente, dispositivos de comando, é um verdadeiro atraso e um absoluto desserviço para a manutenção do Estado-nação democrático. O que é preciso é pensar este novo Estado, como órgão fomentador da participação dos indivíduos e como gestor e mediador da vontade popular, refletida nas discussões entre os povos, que levem à harmonia universal.

A saída há de ser o reconhecimento da importância dos cidadãos como instância vital de transformação, e termômetro para a verificação de novas demandas. A partir desta constatação, tem-se clara a necessidade de se forjar um instrumento constitucional que inaugure um Estado aberto, um Estado que reconheça, nos seus formadores (o povo), os agentes que irão colaborar para a manutenção harmônica e o desenvolvimento daquela comunidade. A este respeito, escreve Müller:

Enquanto o povo dispuser apenas da iniciativa de legislar e a oligarquia política lidar com ela a seu bel-prazer, ou enquanto o povo puder votar apenas em referendos sobre anteprojetos previamente formulados pela elite política, ele permanecerá na posição de esfera pública fraca. Forte, a esfera pública se torna somente com a combinação juridicamente obrigatória do referendo e plebiscito – seja em qualquer caso, seja no caso da rejeição da iniciativa popular pelo parlamento. Essa legislação popular também pode ser combinada com uma legislação descentralizada, e isso em quaisquer áreas que dizem respeito à vida cotidiana de todos, assim e.g. no direito trabalhista, no direito de locações, na proteção do meio ambiente e do consumidor.<sup>163</sup>

E continua o autor:

Enquanto nacional, a respectiva sociedade civil deve motivar os Estados e orientá-los na resistência, para que eles atuem depois internacionalmente, na Europa também supranacionalmente, e no conjunto globalmente com os meios do Direito Internacional (tratados, pactos, convenções, políticas no âmbito da

---

<sup>162</sup> Sublinha Müller: “Em comparação com os partidos políticos, os sindicatos, as igrejas e outros grupos de pressão tradicionais e contrariamente a toda e qualquer polêmica neoliberal, esse *povo transnacional, enquanto ator de uma cultura política, diretamente atuante de resistência global*, cujos contornos se tornam visíveis, causa uma imagem muito boa na sua legitimação democrática. Seu centro não está na instituição, mas na ação, não em dispositivos formais, mas nos conteúdos defendidos e visados; ele não é ‘representativo’ no sentido ritualizado dos sistemas burgueses, mas oriundo de uma democracia de *grassroots*”(MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 216).

<sup>163</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 217.

ONU e das outras instituições mencionadas). Tal atuação, por sua vez, fortalecerá a sociedade civil global, que, como tal, é informal, no seu caminho rumo a estratégias contrárias que possam oferecer resistência à contraprestação global.<sup>164</sup>

Jürgen Habermas, analisando as mudanças no cenário mundial, também leciona:

As coisas mudam de figura, a partir do momento em que os direitos humanos são tomados, não apenas como orientações morais para o agir político de um país, mas como direitos que têm de ser implementados no sentido jurídico do termo. Além de seu conteúdo puramente moral, os direitos humanos apresentam características estruturais de direitos subjetivos, que, de si mesmos, tendem a obter validade positiva numa ordem de direito obrigatório. Somente quando os direitos humanos tiverem encontrado seu 'lugar' numa ordem jurídica e democrática mundial, isto é, quando funcionarem da mesma maneira que os direitos fundamentais nas nossas constituições nacionais, poderemos inferir, em nível global, que os destinatários desses direitos podem se considerar também seus autores.<sup>165</sup>

Em que pese a realidade dinâmica das sociedades, acentuada ainda mais em tempos de globalização, e o conseqüente surgimento de novas demandas que devem ser acolhidas pelas Constituições por intermédio de uma participação mais efetiva dos cidadãos nos rumos sociais, certo é que os textos supremos não podem prescindir de mecanismos de proteção. Para esta defesa, pressupõem-se a existência de garantias constitucionais. Tal importância pode ser verificada na lição de J. J. Gomes Canotilho:

A defesa da constituição pressupõe a existência de garantias da constituição, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. Como se trata de garantia de existência da própria constituição (cfr. a fórmula alemã: *Verfassungsbestandsgarantien*), costuma-se dizer-se que elas são a constituição da própria constituição.<sup>166</sup>

As cláusulas de irreversibilidade, por sua vez, encontram-se neste grupo, como instrumentos de garantia das Constituições. Mas o paradoxo de sua existência, frente à realização plena do princípio democrático, impõe a busca por alternativas de proteção da Constituição, de modo que esta, em sua existência, continue protegida.

---

<sup>164</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 218.

<sup>165</sup> HANERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 49/50.

<sup>166</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...*, cit., pp. 859/960.

Assim, não poderia se furtar, a presente dissertação a, verificada a importância teórica das cláusulas pétreas, como instrumentos de garantia à Constituição, buscar alternativas e apresentar meios para que a Carta suprema tivesse assegurada a sua durabilidade e supremacia, diante do Estado que forma. É o que cumpre verificar.

## 1. A INTERPRETAÇÃO

Em que pese o paradoxo existente no convívio das cláusulas superconstitucionais com o dinamismo social, fato é que as Constituições não podem prescindir de mecanismos de proteção, uma vez que sem estes estariam fadadas ao fim rápido. Porém, as cláusulas pétreas, como uma destas garantias das Cartas supremas, podem também levar ao fim célere das Constituições, ou pelo menos a um desrespeito aos comandos constitucionais, tendo em vista as mudanças sociais ocorridas.

Neste passo, fundamental que se apresentem outros mecanismos de proteção da Constituição para preencher as lacunas advindas da ausência de cláusulas pétreas, ou ainda para possibilitar que as cláusulas pétreas convivam com o dinamismo social imposto pelo tempo. A interpretação configura-se como um destes mecanismos. Antes, porém, de ingressar especificamente no tema da interpretação, importante retornar, mesmo que brevemente, às características que emolduram uma Constituição.

A Constituição nada mais é, como ensina a melhor doutrina, que o conjunto de normas pertinentes à organização do Poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais<sup>167</sup>. Celso Bastos, com a precisão que sempre norteou sua atividade acadêmica, pontifica que um conceito de Constituição é de difícil formulação, pelo caráter ambíguo do objeto (a Constituição), mas mesmo considerando tal ambigüidade, não deixa de assinalar ser a Constituição a estrutura íntima de um ser<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 80.

<sup>168</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 21 edição atualizada, 2000. p.42

Assim, verifica-se que as Constituições nada mais são que os instrumentos definidores do modo de ser do Estado. É a Carta Magna, nesse passo, que irá orientar a estrutura na qual se erguerá a nação.

Contudo, não há como fugir ao fato latente que antagoniza o caráter “perpétuo” da Constituição, qual seja, o dinamismo social. Ao estabelecer os moldes de um Estado, a Constituição o inaugura e enfeixa uma série de dispositivos que ditarão a trilha e a forma pela qual o Estado a deverá percorrer. Ocorre que o momento histórico de estabelecimento dessas normas superiores passa, com o correr do tempo, a eivar-se de uma estática que o conflita com as novas demandas e realidades que surgem no movimento das relações sociais.

Assim, como permitir que a Constituição, documento maior de um Estado, possa perdurar no tempo, conferindo-lhe durabilidade, perpetuando-se, assim, as instituições que a mesma criou, e possibilitando adubar o solo social para o crescimento e desenvolvimento da verdadeira segurança jurídica que permite o desenvolvimento social e econômico de um país?

Encontrada resposta para a pergunta acima pronunciada, a certeza da calma social será alcançada. Porém, a complexidade do embate entre o momento fundador do Estado e a evolução social, não permite, como já visto, que tal tarefa seja simples e de fácil solução.

Não se pode, sob nenhuma hipótese, enfraquecer a Constituição, permitindo que as demandas e anseios sociais atropelem os regramentos supremos de um Estado. Por outro lado, fazer “vistas grossas” aos apelos da sociedade, entregando as costas à realidade que se coloca, também impossibilita o amadurecimento de uma nação. A resposta está na conjugação.

O nó está justamente neste ponto. A Constituição clama, para sua longa vida e supremacia aos demais regramentos sociais, pela presença de mecanismos de proteção. Contudo, as cláusulas de intangibilidade (um destes mecanismos de proteção à Constituição) vão de encontro com a realidade de mudanças sociais trazidas pelo dinamismo da vida em comunidade. Assim, há que se buscar saídas para que, verificado

o dispositivo superconstitucional dentro do corpo de uma Constituição, seja possível conjugá-lo com o dinamismo social, ou mesmo suprir a ausência de cláusulas pétreas, em Cartas que optem pela solução (particularmente entendida como mais correta) de não-inserção destas cláusulas duras no sistema constitucional.

Uma das saídas está no esforço de, por meio da interpretação constitucional (respeitadas as orientações postas pela hermenêutica), garantir a prevalência da Constituição, frente às necessidades sociais. Assim, possível se faz construir um Estado Democrático de Direito, insculpido na plena segurança jurídica, assegurado de direitos, e orientado pelos princípios da justiça, igualdade e liberdade.

Nesta trilha, fundamentais os avanços relativos à tentativa de democratização do exercício interpretativo da Constituição, de modo a trazer para esta prática, como atores principais, todos os cidadãos e grupos sociais, proporcionando, assim, uma maior atualização dos dispositivos das Cartas magnas, uma vez que interpretadas por todos os agentes sociais.

A evolução da ciência da interpretação já demonstra a preocupação da doutrina na participação popular, do exercício interpretativo, ampliando o grupo de intérpretes da norma, justamente para que pudesse ser conferida uma compreensão mais adequada para a inteligência da norma constitucional em seu tempo. Em 1975, Peter Häberle, com a obra *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*<sup>169</sup>, apontava para a necessidade de sair do que ele chamou de uma *sociedade fechada dos intérpretes*<sup>170</sup> da Constituição, para uma *interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta*<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Título original: “*Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Ein beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation*”. Com publicação inaugural em 1975.

<sup>170</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 1997. p. 12.

<sup>171</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit, p.12/13.

Lecionou o autor:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.<sup>172</sup>

Esta busca, no sentido de democratizar a interpretação, de Häberle<sup>173</sup>, ao conferir novas características a serem adotadas pela hermenêutica, visa a melhor utilização deste tão fundamental instrumento para o mais adequado entendimento do texto que compõe a norma, com o fim último de adequá-lo ao momento vivido de modo mais efetivo e pertinente. Fato que culminaria, por obviedade, para uma proteção mais efetiva da Constituição.

Pode-se assim, com facilidade, notar a importância da interpretação como meio para atualização da Constituição, por todos os agentes sociais, garantindo o caráter de durabilidade do sistema constitucional, respondendo às demandas que surgirem no corpo das comunidades.

A interpretação, como mecanismo de garantia das Constituições, apresenta valor ainda maior ao se deparar com Cartas com caráter de rigidez (como a da República Federativa do Brasil de 1988). Diferente não poderia ser. As Constituições

---

<sup>172</sup> HÄBERLE, Peter. Op. cit, p.15.

<sup>173</sup> Destaca o autor: O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (*Wer die Norm 'lebt', interpretiert sie auch (mit)*). Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aí uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas" (HÄBERLE, Peter. Op.cit., pp. 13/14).

rígidas configuradas pela característica de modificação distinta das leis ordinárias demandam um processo de reforma mais complexo e solene<sup>174</sup>.

Quase a totalidade dos Estados modernos, atenta Paulo Bonavides, adere a essa forma de Constituição, alterando, somente, o grau que se dá tal rigidez. Assim, a dificuldade de mudança da Carta Magna, faz com que ainda mais premente seja a busca por uma saída para sua adequação frente ao dinamismo social. Isto porque a ausência de respostas aos questionamentos da sociedade inevitavelmente fará com que a Constituição, efetivamente, não passe de uma “folha de papel” (como já disse Lassalle). Sua efetividade está na atualidade de seu corpo de dispositivos e na possibilidade de alargá-los à evolução histórica.

Contudo, para muito além das Constituições rígidas, apresenta-se a problemática das Constituições que trazem como mecanismos de proteção as cláusulas pétreas (normas “perpétuas”, inseridas dentro das Cartas supremas, configuradas pela característica da intocabilidade de seus corpos e conseqüente impossibilidade de alteração, nem por complexos procedimentos determinados para mudanças dos demais dispositivos constitucionais). Neste ponto, a questão é ainda mais intrigante. Como fazer com que as demandas sociais não sejam embargadas pelas cláusulas pétreas? Ou ainda, como adjetivar de contemporaneidade os dispositivos duros da Constituição? Estas questões, entende-se, podem ser respondidas com base no instituto da interpretação.

Neste passo, duas situações deverão ser verificadas para que a interpretação possa, nos casos distintos, funcionar como mecanismo de proteção da Constituição. Primeiramente, há de ser analisado o caso em que já presente, a Constituição, dispositivos superconstitucionais. No outro cenário, há que se tomar por base a Carta suprema que não tenha em seu corpo cláusulas de intangibilidade. Em ambas as realidades, servirá a interpretação como meio de atualização e proteção da Constituição. Antes, porém, ingressar-se-á na análise específica do instrumento denominado interpretação.

---

<sup>174</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit., p. 83.

Difícil encontrar pensamento tão significativo para o trabalho proposto, quanto o de Eros Roberto Grau, o qual pontifica:

Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então uma frustração material de seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais (...). Afirmo que ao intérprete incumbe, sob o manto dos princípios atualizá-lo.<sup>175</sup>

Definitiva a lição de Eros Grau. A interpretação é, assim, o instrumento que possibilita a criação e recriação da norma. O aceno para a solução do problema ora enfrentado está, então, resumido na assertiva do autor.

Ao intérprete cabe a percepção de seu mundo (dinâmico, inconstante e heterogêneo) e a resposta às demandas sociais, com base exclusiva no texto normatizado. Não é outro o exercício interpretativo, senão a busca para as respostas advindas do dinamismo social.

Essa a força da interpretação. Através desse tão importante instrumento de adequação, podem os núcleos duros da Constituição ser sensibilizados na medida certa, respeitando-se os princípios maiores expostos pelo texto constitutivo do Estado.

Deve-se desta forma, inicialmente, analisar a interpretação do direito, afinando-se, posteriormente, a análise, para chegar-se à interpretação da Constituição, tópico específico e delicado, o qual poderá somar definitivamente para a dissolução da problemática colocada nesse momento.

Quando se analisa o sentido costumeiro reservado para o significado da interpretação do direito, depara-se, inevitavelmente, com a conclusão que aludida atividade é uma mera compreensão do significado das normas jurídicas.

Ao intérprete, resguardada fica a função de determinar ou identificar o

---

<sup>175</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 3.

conteúdo da norma. Busca-se, na atividade da interpretação, a compreensão da norma. Deste significado, quanto ao exercício interpretativo, é que provém a máxima que somente deve-se interpretar normas quando o sentido da mesma não for claro.

Porém, um processo de transformação alterou este entendimento, devendo ser percebido pelos estudiosos e operadores do direito, para que a concepção sobre a interpretação do direito possa ser adequadamente assimilada.

A compreensão do direito somente se dá a partir do processo interpretativo. Ou seja, há que se ter em mente o significado da interpretação para que se possa chegar à razão do Direito.

Portanto, ingressando já na racionalidade exata do que venha a ser o processo de interpretação, deve-se buscar resposta a uma simples pergunta: Por que se interpretar o Direito? Toma-se, uma vez mais, a explanação feita, com excelência de didatismo, por Eros Grau, sobre o tema. De acordo com o autor, pratica-se a interpretação não porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são **uma só** operação, de maneira que interpreta-se para aplicar o Direito e, ao fazê-lo, não se limita a interpretar os textos normativos, mas também a compreender os fatos<sup>176</sup>.

Os ensinamentos de Eros Grau são fundamentais, pois apontam para um novo horizonte no que diz respeito à interpretação. Tal exercício é sempre praticado, para que o direito não fique inerte e possa trilhar o mesmo caminho percorrido pela sociedade. A interpretação vitaliza o Direito, fazendo respeitar as normas postas, fornecendo, tão-somente, compreensão atual ao texto escrito.

Deve-se, então, diferenciar a *norma* do *texto*. Colacionando Eros Grau, ilustra-se melhor a presente idéia:

---

<sup>176</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 22.

A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas<sup>177</sup>.

Não há que se falar em interpretação da norma somente quando a mesma não é clara ou é imprecisa, pois **não há norma sem interpretação**. A norma é justamente o texto interpretado. Essa concepção, sem dúvida, há de ser percebida para que as soluções ao dilema estabelecido neste trabalho possam ser pensadas.

A interpretação constitui não apenas a compreensão do texto normativo, mas também a compreensão do fato posto no caso prático. Essa correlação, característica do processo interpretativo, fornece as bases para a adequação da imobilidade temporal do texto criado, ao dinamismo real da sociedade.

O exercício interpretativo da Constituição deve também levar em conta o significado do termo interpretar, para o Direito. Isto, pois, como afirma Carlos Ayres Britto, a interpretação da Constituição, como tema de estudo, nos empurra, necessariamente, para o âmbito mais dilargado da Teoria da Interpretação (ou Hermenêutica Jurídica em geral), pelo fato evidente de que esta se formou há mais tempo como ordem autônoma de conhecimentos<sup>178</sup>.

Analisado, assim, o significado da interpretação para o Direito e sua real finalidade e importância, passa-se à análise da interpretação da Constituição, cercando o estudo até finalizar por atingir o alvo escolhido.

Passa-se, então, à análise e à verificação da importância da interpretação constitucional, frente ao desembaraço do conflito posto pelo dinamismo social.

---

<sup>177</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, cit., p. 23.

<sup>178</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, cit., p. 142.

Desde o princípio, há de se sublinhar que a interpretação da Constituição deve se revestir de especificidades, pela própria superioridade hierárquica da Carta Magna, frente os demais textos normativos<sup>179</sup>.

A interpretação constitucional nada mais é que um instrumento estabilizador, ou seja, através da atividade interpretativa pode-se chegar à harmonização almejada diante do surgimento das demandas sociais. Nas Constituições rígidas, onde o formalismo da produção jurídica de nível mais alto, sempre representou penhor de estabilidade do sistema e das instituições, a interpretação compreende canal hábil para a busca da solução do conflito ora colocado.

Como já apontado, há de ser feita distinção entre o texto e a norma (considerada, aqui neste instante, a norma constitucional). A norma constitucional só existe com a interpretação de seus dispositivos e enunciados. Por isso, a interpretação constitucional acaba por afastar a imobilidade de sua essência (texto criado e formado em determinado tempo histórico), respondendo aos anseios sociais.

Nessa esteira, Paulo Bonavides assevera a respeito da interpretação da Constituição:

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultoso os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismos e artifícios teóricos levantados nos textos pela técnica das Constituições. Desaconselhada a

---

<sup>179</sup> A esse respeito, Paulo Bonavides é definitivo: “Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista (doutra forma não se justificaria o longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos), mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico. O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 461)

operação constituinte direta, em decorrência dos traumas que pode acarretar, ou bloqueado pela rigidez do processo revisor o apelo ao poder constituinte, só resta a via hermenêutica como a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional. Ocorre então a mudança tácita da Constituição por obra dos intérpretes<sup>180</sup>.

Pode-se verificar a relevância do exercício interpretativo frente aos embargos postos pelas Constituições rígidas, diante da necessidade de adequação à mobilidade social. Considerada a percepção do significado da interpretação, como ato criador da norma, pelo intérprete, através da compreensão do texto normativo – mundo do dever-ser e do fato posto – mundo do ser (conforme Eros Grau), traz-se tal concepção para o universo do Direito Constitucional, configurando a interpretação (dentro desta ótica) como meio de proteção à Carta, em face das demandas sociais.

Após acentuar o conflito existente entre o marco fundador do Estado (a Constituição) e o desenvolvimento da sociedade, com o surgimento de novas e diversas demandas, busca-se, na interpretação, a saída para harmonização da situação posta.

Pois bem, como meio de produção da norma, a interpretação permite, à sociedade, atualizar o texto normativo, criando a norma competente para resolução do caso em questão. Ora, a norma surge da compreensão do texto escrito e do fato analisado. Assim, garante-se, ao sistema normativo, sua contemporaneidade.

Relativamente à Constituição, a atividade interpretativa, entendida como explanada por Eros Roberto Grau, permite a proteção do texto supremo, garantindo sua atualização, por meio do entendimento flexível e da formação permanente de uma razão construída levando em consideração o texto normativo e o fato ocorrido.

A interpretação da Constituição possibilita a sua proteção, pois é através de mencionada atividade que se realiza a Constituição (como já ensinava J. J. Gomes Canotilho). Ou seja, a compreensão do texto normativo constitucional, inserida em um

---

<sup>180</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 459.

determinado período histórico, viabiliza a concretização do texto escrito, conferindo efetividade para a Carta Magna<sup>181</sup>.

A proteção da Constituição está, entre outros aspectos, na sua justa adequação ao momento presente em que a mesma é utilizada. Assim, a interpretação possibilita a sua estabilidade, frente ao conflito existente, já tão salientado neste estudo. Analisando a interpretação constitucional, J. J. Gomes Canotilho leciona:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada.<sup>182</sup>

Clara está a relação estabelecida por Canotilho. Interpretar uma norma constitucional é ato de compreensão do significado do texto escrito, verificado o caso prático. Assim, por meio desta atividade, pode-se, de plano, afastar a inflexibilidade do texto normativo constitucional, protegendo o mesmo quanto às pressões e desarranjos sociais.

Nesta busca por uma maior efetividade da norma constitucional, a doutrina, desenvolvendo técnicas e atentando para as evoluções sociais, chegou, na seara da interpretação, ao que se chama de nova hermenêutica constitucional.

A princípio, vale destacar que, ao se falar em nova interpretação constitucional, não se rechaça ou esquece a atividade interpretativa convencional. A este respeito, Luís Roberto Barroso, com a mestria que lhe é peculiar, avalia:

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em

---

<sup>181</sup> A este respeito, o insigne mestre de Coimbra, J. J. Gomes Canotilho, pontua: “*Realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1164.

<sup>182</sup> Ob. cit., p. 1164

movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem novas demandas.<sup>183</sup>

Percebe-se que o intento da doutrina foi sempre no sentido de conferir, à norma constitucional, maior efetividade. O conflito subjacente a tal opção é o ora analisado. Às normas insculpidas na Constituição, como exaustivamente defendido, deve-se agregar o fato posto. Esta a maneira de não permitir que a Carta Magna perca força jurídica. A nova interpretação constitucional surge nesta trilha<sup>184</sup>.

Ingressando na nova hermenêutica, depara-se com o método tópico de interpretação constitucional. Aludido método nasce com a publicação da obra *Topik und Jurisprudenz*, no ano de 1953, de autoria do doutrinador Theodor Viehweg. Este novo pensar estava todo fundado no lema que, hoje, alimenta a presente dissertação, qual seja, “pensar o problema”. O método tópico tinha por escopo primevo a orientação da técnica interpretativa pelo problema posto.

Paulo Bonavides, ao estudar este importante ponto, destaca:

Caracterizou Viehweg a tópica como uma ‘técnica de pensar o problema’, ou seja, aquela ‘técnica mental que se orienta para o problema’.<sup>185</sup>

A doutrina, assim, enfrentando a questão da proteção e efetividade plena das normas constitucionais, formou nova hermenêutica que forneceu instrumentos para que a interpretação fosse pautada por critérios diretamente ligados ao problema em questão, concedendo, à norma constitucional, caráter de atualidade.

---

<sup>183</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas ...*, cit., p. 287.

<sup>184</sup> Observa Luís Roberto Barroso: “*A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.*” (ob.cit. pg. 287).

<sup>185</sup> Ob. cit., p. 491.

Nesta esteira, influenciado diretamente pela tópica, surge o método concretista da “Constituição aberta” (já mencionado). Teorizado por Peter Häberle, afirmou, aludido método, a preocupação ainda mais acentuada de incorporação da realidade no processo de interpretação<sup>186</sup>.

Inova o método concretista de interpretação da “Constituição aberta” ao ampliar o número de intérpretes da Constituição, incluindo todos aqueles que com a Carta mantenham relação. Assim, considerada tal ampliação, a adequação das normas constitucionais, aos problemas postos, se faz presente, possibilitando, neste passo, afastar a imobilidade constitucional.

Na busca pela proteção da Constituição, a hermenêutica evolui, permitindo que a sociedade tenha à disposição todo instrumental necessário para a prática da atividade interpretativa que vise a efetiva proteção da Constituição.

Ao analisar os métodos de interpretação da Constituição da nova hermenêutica, verifica-se, exatamente, a preocupação da doutrina em conceder efetividade às normas constitucionais, permitindo sua ampla adequação ao contexto histórico em que estão inseridas. Não é outra a conclusão exposta por Paulo Bonavides:

A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais a Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.<sup>187</sup>

Porém, apesar de todo esforço doutrinário para dissolução do conflito posto para análise, através da adequação do texto constitucional à realidade dinâmica social, um campo nebuloso, sensível e polêmico embarga o evoluir de qualquer discussão que caminhe para a harmonização. Fala-se das cláusulas pétreas, os núcleos

---

<sup>186</sup> Paulo Bonavides, sobre o método concretista da “Constituição aberta”, assegura que: “*O alargamento do número de intérpretes é tão-somente, segundo Häberle, uma consequência da incorporação – por todos preconizada – da realidade ao processo de interpretação*” (Ob. cit., p. 512).

<sup>187</sup> Ob. cit., p. 515.

duros da Constituição, não passíveis de alteração. Firmada toda percepção pretendida, aventura-se à ampliação da crítica nesta seara tão delicada.

Tomando-se como exemplo a Carta Maior brasileira de 1988, podemos destacar alguns de seus dispositivos como “núcleo duro” do documento constitucional, pela sua própria natureza. A célere leitura do art. 60, § 4º, da nossa Carta Suprema aclara, de modo definitivo, a razão de tal denominação. Preceitua mencionado mandamento:

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.

Desta forma, cristalina a escolha do legislador constituinte originário brasileiro em optar por conceder superconstitucionalidade a determinados campos constitucionais. Oscar Vilhena neste ponto orienta:

Portanto, mais do que o estabelecimento de cláusulas pétreas ou, mesmo, de um pequeno núcleo constitucional irreformável, o constituinte concedeu caráter de superconstitucionalidade a diversos setores da Constituição, ou seja, um conjunto de princípios e normas constitucionais hierarquicamente superiores aos demais dispositivos da Constituição. Superconstitucionalidade, e não supraconstitucionalidade, pois embora superiores, esses dispositivos ainda se encontram dentro da órbita da Constituição: direito positivo, e não transcendente.<sup>188</sup>

Não se propõe, neste instante, entrar na discussão sobre a existência ou não de normas constitucionais superiores a outras normas constitucionais. Sabe-se o rico solo que seria tal debate, pela qualidade, também, da posição divergente a este respeito (bem apresentada por Gomes Canotilho), porém, o objeto deste tópico é a interpretação. Neste campo, o pensamento de Oscar Vilhena aponta para observação importante, qual seja, que a Constituição estabeleceu um núcleo com tratamento diferenciado, sob o qual

---

<sup>188</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça...*, cit., p. 135.

não pode incorrer a pretensão de reforma e, assim, adjetivou de perpetuidade tal núcleo constitucional.

As cláusulas pétreas, de um modo geral, têm a precípua função de imortalizar um conjunto de enunciados constitucionais, impossibilitando que, sob a ótica do legislador constituinte originário, haja retrocesso social. Assim, determinada foi a petrificação do núcleo já apontado, permitindo, por conseguinte, que o mesmo se tornasse “eterno”.

Geraldo Ataliba, ao versar sobre as cláusulas pétreas, aponta que as mesmas acabam por prestigiar os dois mais importantes princípios político-sociais, quais sejam, o da república e o da federação<sup>189</sup>. Criaria, então, a Constituição, ainda de acordo com o entender do autor, relativamente ao núcleo exposto no art. 60 § 4º, um caráter rigidíssimo à nossa Carta Suprema. Porém, tal opção do legislador constituinte, justificar-se-ia, pois resguardaria a coluna mestra do Estado brasileiro.

Os núcleos duros, assim, estabelecem limites ao poder de mutação do texto normativo pelo legislador constitucional derivado, buscando a preservação dos princípios maiores de um Estado. Caracterizam-se, com maior precisão, os dispositivos petrificados ao tomar de empréstimo definição sobre os mesmos, dada por Geraldo Ataliba:

Eles são perenes, eternos, imutáveis (juridicamente). Quer isto dizer que: só por via revolucionária, só mediante quebra da ordem jurídica, podem eles ser alterados, atingidos, reduzidos, modificados. Só o poder constituinte originário pode minimizá-los ou aboli-los.<sup>190</sup>

A boa intenção da doutrina e do legislador instaurador da ordem estatal é cristalina. O objetivo é claro e explícito, ou seja, garantir aos cidadãos os direitos mínimos para a possibilidade de uma vida digna, forjando, à sociedade, condições

---

<sup>189</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, cit., p. 38.

<sup>190</sup> Ob. cit., p. 38.

hábeis para verificar a formação de um Estado realizador dos mais importantes princípios que norteiam o alcance da vida digna.

Porém, sob o prisma do problema que ora se enfrenta, uma questão aflora. Se as Constituições rígidas sofrem com a evolução social e o surgimento de demandas novas, o que dizer do núcleo que confere à Carta o perfil de rigidíssima (conforme aponta Geraldo Ataliba)? É o que se pretende discutir.

Parte significativa, e de importância basilar, da doutrina, vislumbra o dilema trazido pelas cláusulas pétreas<sup>191</sup>. A discussão sob todos os ângulos, desta questão, necessita apoio filosófico profundo, ocasionando, certamente, o alargamento do tema proposto. Neste instante, porém, busca-se, somente, contribuindo para a solução da problemática, mas não esgotando a pauta, verificar como a interpretação poderia auxiliar no desmantelamento deste paradoxo.

Contudo, não se faz tranqüila a interpretação das cláusulas pétreas. Geraldo Ataliba, manifestando-se sobre o núcleo duro da Constituição brasileira de 1988, de pronto adverte:

Temos, pois, que considerar o problema de como interpretar o mandamento do § 4º do art. 60 do texto constitucional vigente, que – impedindo o processamento de projetos de emendas tendentes a abolir a federação e a república – faz, de modo singular (em contraste com o direito comparado), absolutamente rígida nossa Constituição, nesse ponto (em suas exigências básicas e essenciais).<sup>192</sup>

Ora, claro está que as cláusulas duras modelam os dispositivos pelas mesmas escolhidos, com o caráter da perpetuidade. Claro também, que para a longevidade de uma Constituição e o prolongamento de um regime democrático, os enunciados constitucionais devem responder às demandas sociais. Para tanto, como possível foi pontuar, devem os aplicadores do Direito perceber a hermenêutica

---

<sup>191</sup> Vital Moreira pontua a respeito: “*E é fácil ver que neste ponto se liga uma das mais problemáticas das questões que o princípio democrático coloca ao constitucionalismo, nomeadamente a saber em que medida é que o poder constituinte pode constranger ad eternum a vontade democrática para o futuro*” (*Constituição e Democracia*, cit., p. 266).

<sup>192</sup> Ob. cit., p. 39.

constitucional para a devida prática interpretativa (sendo esta, a compreensão do texto normativo e do fato posto).

Com relação, entretanto, às cláusulas pétreas, seus âmagos são intangíveis. A saída pela interpretação, para solução do problema posto, deve, assim, ser vista sob outro aspecto.

Ao petrificar núcleo expressivo do texto constitucional, a interpretação deste espaço de proteção constitucional foi diretamente afetada. Desta forma, não há como afastar, *v.g.*, os preceitos enunciativos do art. 5º da Carta Magna brasileira, pois os mesmos configuram o núcleo dos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV). Entretanto, como é notório, a Constituição foi construída em um período de retomada do regime democrático, preocupando-se o legislador constituinte originário, em profundidade, por defender o indivíduo do Estado (fato que confere à Carta Suprema de 88, caráter analítico). Tal meritória busca acabou por trazer, na seara analisada, a inserção de um vasto grupo de direitos individuais (petrificados) que podem esbarrar na pretensão de consolidação da democracia brasileira. Esta escolha do legislador constituinte originário, apesar de extremamente bem-intencionada é, sem sombras para discussão, pretenciosa, podendo acarretar prejuízo para a própria sociedade.

Volta-se, então, para o questionamento que norteou todo o presente tópico. Qual a saída para a manutenção do respeito aos mandamentos constitucionais, garantindo sua “perpetuidade”, frente às demandas sociais que afloram e se modificam ao sabor dos adventos históricos? Poder-se-ia, neste instante, adentrar na idéia de Poder Constituinte Evolutivo (muito bem explanada por Vital Moreira), combatida por muitos (como Carlos Ayres Britto, *v.g.*), mas de uma precisão e adequação exatas. Contudo, a colaboração que se pretende dar para o debate restringir-se-á à interpretação.

Eros Grau assevera que não se pode interpretar o Direito em tiras<sup>193</sup>. Estas as exatas palavras cunhadas. Com isso, o autor pretende deixar cristalino que o Direito, no caso, deve ser percebido de modo global e não através da análise de seus

---

<sup>193</sup> GRAU, Eros Roberto. Ob. cit., p. 40

textos isolados. Pois bem, trazendo aludida idéia para o campo constitucional, insere-se a mesma no caso das cláusulas pétreas.

As cláusulas pétreas devem ser compreendidas dentro do todo do texto constitucional normativo. Nesta esteira, os dispositivos serão petrificados e intangíveis se os núcleos que se pretende defender forem ameaçados. Não significa dizer, frise-se, que o enunciado, por constar de título ou capítulo, ou ainda, por em determinado período ser considerado como texto protetivo de um direito individual, será, para o resto dos tempos, mantido com tal compreensão. Retoma-se a exposição de Eros Grau, segundo a qual a norma deve ser a compreensão do texto normativo, acrescida do conhecimento do fato.

Vital Moreira, ao pontificar sobre a interpretação das cláusulas pétreas da Constituição Portuguesa de 1976 (as quais, importante ressaltar, não somente se limitavam aos princípios fundamentais), avoca para uma interpretação *soft* das mesmas, abrindo caminho para nova visão, protetiva da democracia, da interpretação. Diz o autor:

Porém, quatro revisões depois, tem de constatar-se que a Constituição Portuguesa mudou muito, e mudou em termos substanciais, mesmo em aspectos inicialmente vedados à liberdade da revisão. Como foi isso possível? Foi possível, por um lado, através de uma interpretação *soft* das cláusulas pétreas, que as reduziu à salvaguarda de princípios genéricos, mais do que à garantia do concreto regime estabelecido nas formulações constitucionais.<sup>194</sup>

Assim, deve-se proteger a Constituição frente ao seu natural desgaste, proveniente das demandas e anseios sociais. E como o fazer? A interpretação aponta um caminho.

Mesmo com dispositivos constitucionais petrificados, seria possível acolher-se esta escolha? A resposta é positiva e, talvez, nesta situação, seja a melhor resposta a ser dada para a busca da manutenção da Constituição frente ao natural desgaste do documento no tempo. Isto porque a Constituição pode ser alterada de dois

---

<sup>194</sup> MOREIRA, Vital. Ob.cit., p. 273

modos, ou pela edição de uma emenda à Carta Suprema, ou através da atividade interpretativa. Ao deparar-se com dispositivos eivados da característica de inalterabilidade, somente a interpretação é capaz, sem afronta direta da Constituição, de atualizar este seu conteúdo. Celso Bastos e Samantha Meyer-Pflug, em texto sobre a matéria, já destacavam:

O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico que interage com a realidade fática que visa a regular. As mudanças e as transformações ocorridas no seio da sociedade interferem diretamente no ordenamento jurídico, que deve, por sua vez, acompanhar essas alterações. Não se faz possível, nem muito menos viável, que as normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, se apresentem afastadas e defasadas da realidade fática.

Se não é possível as normas jurídicas preverem ou até mesmo conterem as transformações naturais ocorridas na sociedade – tais como mudanças de ideologias, alteração de valores e avanços tecnológicos –, é necessário ao menos que o sistema constitucional possua mecanismos capazes de acompanharem essas evoluções.<sup>195</sup>

Sendo um sistema aberto de regras e princípios (como ensina J. J. Gomes Canotilho), certo é que a Constituição não ignora os elementos externos à mesma. Muito pelo contrário, a Carta Magna, após sua inauguração, passa a vigor e sofrer, naturalmente, interferências de elementos culturais, sociais, econômicos, dentre tantos. Esta realidade não pode ser esquecida, servindo, a interpretação, como fundamental mecanismo de proteção da Constituição, garantidor de sua atualização. Não são outras as palavras de Celso Bastos e Samantha Meyer-Pflug:

A constituição deve ser compreendida como um sistema normativo dinâmico. Portanto, não pode e nem deve ser concebida como um sistema fechado ou estático, posto que a constituição não se encontra apartada da realidade social que visa a regular. Pelo contrário, a constituição formal e a constituição material encontram-se entrelaçadas, de modo que a realidade fática penetra na realidade normativa, e vice-versa. Em outras palavras: a realidade fática e a normativa encontram-se em uma relação de reciprocidade. Não se faz possível separar estas duas realidades (fática e normativa). É necessário confronta-las, posto que ambas encontram-se mutuamente imbricadas.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais*. Texto retirado do livro: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 145.

<sup>196</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MEYER-PFLUG, Samantha. *A interpretação como fator de desenvolvimento...*, cit., p. 150.

Desta forma, o exercício interpretativo do teor dos textos presentes nas Constituições seria o ato de respirar das Cartas magnas. A interpretação renova as Constituições, atualizando seu entendimento, frente às mudanças e reclames sociais.

Com a interpretação, não se faz necessário falar em nova Carta suprema, pois a Constituição poderá, sempre, ser remodelada pelas novas compreensões que foram dadas aos dispositivos constitucionais. Com as cláusulas pétreas, apesar de mais limitada a atividade de interpretação, também servirá esta para proteger a Constituição.

Por sua própria essência, os dispositivos superconstitucionais não permitem a sua alteração, como já tão sublinhado. Não se pode, então, alterar o teor do quanto expresso nas cláusulas de intangibilidade. Por outro lado, os fatores sociais não se preocupam com esta regra, concedendo dinamismo às relações comunitárias que, fatalmente, impulsionará para a mudança parcial da Constituição, sob pena de criação de um novo Estado (opção que, pelos motivos já expostos, deve ser escolhida somente em casos extremos, para não afetar a segurança jurídica da comunidade em questão). Neste cenário, a harmonia será encontrada pela interpretação.

Em Constituições onde estejam presentes cláusulas pétreas, deverão ser respeitados tais dispositivos, bem como não poderão, os mesmos, ser modificados. Para que não se desrespeite a Constituição e, ao mesmo tempo, atenda-se ao reclames e novas demandas sociais, a alternativa mais adequada é valer-se da interpretação como lenitivo estabilizador.

Mantendo-se o corpo orientador da Constituição (com respeito ao conteúdo essencial da lei fundamental), pode a interpretação valer-se como um meio que concederá nova leitura ao mesmo texto. E nova esta leitura, pois feita em contexto social diverso. Desta forma, todo o sistema será respeitado e as cláusulas pétreas poderão conviver de modo menos agressivo, com a realidade dinâmica em que está submersa a sociedade.

Por outro lado, a interpretação, por si só, já é um instrumento de proteção à Constituição que pode conferir total garantia à Carta suprema, atualizando-a com o passar do tempo. Os sistemas constitucionais não necessitariam eleger dispositivos para

cercá-los com o manto da inalterabilidade, posto que a interpretação garante, de modo mais adequado, os diversos entendimentos da Constituição, frente às novas situações e relações sociais.

Ao se estabelecer, no momento de criação de um Estado, um corpo de previsões, eleitos naquele momento, como fundamentais à sociedade, está, o legislador constituinte, com medo do retrocesso e de prejuízos aos indivíduos, impossibilitando que, relativamente ao mencionado grupo então petrificado, seja praticado qualquer ato que vise a retirada destes dispositivos, ou mesmo uma simples alteração do teor dos mesmos.

Esquece-se, somente, o legislador constituinte originário, que a Constituição é um sistema aberto, não podendo escapar aos elementos sociais que gerarão novas situações que deverão, por sua vez, ser contempladas pela Constituição. Porém, petrificados dispositivos, tão-só clamores que demandem alteração do texto constitucional relativos aos aspectos tangíveis, que serão atendidos, de modo a compreender o avanço social. O que fazer com os demais reclames? A interpretação, como já visto, é uma alternativa. Contudo, o mais adequado seria a ausência de previsões petrificadas.

Ora, a interpretação do texto constitucional, por si só pode garantir o desenvolvimento, a manutenção e a proteção da Carta suprema. A manutenção, porque é instrumento de atualização do sistema constitucional, e a proteção, uma vez que a realidade social orientaria a melhor forma de entendimento do texto supremo, não sendo necessário estabelecer-se dispositivos superconstitucionais para a garantia máxima da Constituição, até porque, esta escolha sempre será datada, e com o passar do marco histórico e novos adventos sociais, talvez não mais devessem, estes dispositivos participar do sistema constitucional, bastando, assim, uma interpretação do teor da Constituição, para a sua revitalização.

## 2. ALTERNATIVAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS

Em que pese a frontal crítica desenvolvida ao longo desta dissertação acerca do caráter prejudicial, para os sistemas democráticos, das cláusulas pétreas, não

há como se furtar ao fato de que a grande maioria das Constituições apresentam, em seus corpos, dispositivos superconstitucionais, devendo, assim, esta obra, enfrentar este cenário.

Diante da realidade apresentada, qual seja, da presença, em grande parte das Constituições democráticas, de previsões de intangibilidade, há de se desenhar, ou pelo menos apontar, para alternativas harmonizadoras, frente a este fato.

Para que os dispositivos petrificados fossem afastados, em princípio novos sistemas constitucionais deveriam ser forjados, para a composição de estruturas mais flexíveis e passíveis de concessão de respostas às demandas advindas com a evolução social. Mas como já se viu, a instabilidade constitucional, com as mudanças constantes de Constituições e a conseqüente criação de novos Estados, gera a insegurança jurídica e a incerteza social. Assim, caminho há de ser pensado para que se possa, dentro mesmo de corpos constitucionais com a presença de dispositivos de intangibilidade, verificar-se uma possibilidade de alteração dos mesmos, sem a agressão de todo o sistema constitucional.

Matéria aparentemente de difícil solução, a doutrina específica sobre o tema demonstra que estas alternativas não só existem, como podem ser fundamentais para a conjugação harmoniosa (mesmo que não ideal) das cláusulas pétreas e a realidade social.

Ao se fulminar a existência e essência das cláusulas pétreas, o que se busca é demonstrar que a presença destes dispositivos, em que pese a completa (presume-se) boa-fé do legislador constituinte originário no ato de elaboração das mesmas, é nefasta para a realização plena do sistema democrático. Por outro lado, a efetiva presença destes mandamentos superconstitucionais em diversos sistemas normativos contemporâneos, clama pelo enfrentamento deste fato com a indicação de caminhos que possam conjugar a realidade destes dispositivos com a necessidade de garantia das estruturas democráticas e a conseqüente concessão de durabilidade às Cartas Magnas.

Desta forma, há que se pensar, dentro da realidade constitucional contemporânea, onde diversas Cartas contêm dispositivos petrificados, possibilidades de flexibilização destes regramentos, de modo a, contemplando-se as novas demandas trazidas com a evolução social, admiti-las no sistema constitucional, reformando parcialmente a Constituição e garantindo, assim, dois aspectos fundamentais para todas as sociedades, quais sejam, a absorção do novo no cerne social e a manutenção da Carta suprema e toda a sua linha mestra de princípios e regras.

Para isso, deveriam deixar, as cláusulas pétreas, de ter a pretensão de imodificabilidade, passando a ser configuradas como mandamentos dotados de superagravamento, sendo possível as suas modificações, desde que se fossem verificados e respeitados processos mais complexos para aludida alteração.

Como via inicial, destaca-se a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas pelo que se denominou *Poder Constituinte misto ou intermediário*.

O *Poder Constituinte misto ou intermediário* surge justamente com a preocupação da doutrina constitucional alemã de conjugar o texto constitucional e o fato social, como leciona José Carlos Francisco:

Mas a eloqüente preocupação do direito constitucional alemão concernente ao equilíbrio entre o conteúdo do texto constitucional e a realidade social, marcadamente presente nos estudos de Hesse, certamente influenciaram os juristas germânicos a produzirem mecanismos que permitissem a modificação do texto constitucional (ainda que em sua identidade) dentro de um quadro de estabilidade, vale dizer, admitindo a alteração parcial da Constituição (mesmo que em relação a seus limites materiais) sem, contudo, elaborar todo um novo ordenamento.

Nesse contexto, com amplos fundamentos de legitimação democrática e amparo racional, surge a tricotômica classificação do Poder Constituinte, de que fala o constitucionalista alemão Otto-Brun Bryde. Observe-se por outro lado, o emprego de tricotômica classificação por outros autores, como é o caso de Juan Francisco Linares.<sup>197</sup>

De acordo com esta nova classificação do Poder Constituinte, passa-se a ter:

---

<sup>197</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis...*, cit., p. 56.

o *Poder Constituinte Originário* (caracterizado nos moldes já analisados neste estudo, como força inaugural de um Estado); o *Poder Constituinte Derivado*; e o *Poder Constituinte misto ou intermediário* (capaz de promover modificações da identidade do texto constitucional, de modo intermediário entre o Poder Originário e o Derivado, sem, contudo, pressupor uma elaboração integral de um novo texto constitucional).

Assim, possível é a reforma relativa a tema pertinente à identidade do texto constitucional, ao seu núcleo duro, por intermédio do *Poder Constituinte Intermediário*, denominado por José Carlos Francisco como *Poder Constituinte Pontual*. A este ponto, inclusive, destaca o autor:

Desse modo, esse Poder Pontual teria como meio de processamento um mecanismo agravado, acrescido de manifestação popular direta (por plebiscito ou referendo) relativo ao tema objeto da emenda que pretende alterar os limites materiais previstos na Constituição.<sup>198</sup>

A teoria tricotômica do Poder Constituinte, com a apresentação do *Poder Constituinte intermediário*, somente vem ao encontro dos sistemas democráticos, pois abre a possibilidade de se ter, por aquele de onde emana todo o poder (o povo), a possibilidade de alteração, mesmo dos núcleos duros, de aspectos não condizentes com as necessidades sociais específicas. Destaca José Carlos:

Afinal, é lógico admitir que o povo, em plebiscito ou referendo, possa assim proceder, pois não teria sentido negar-lhe esse poder e reconhecê-lo apenas aos seus representantes, em processo constituinte formal. Ou seja, se o povo tem o poder de delegar a representantes a função de elaborar toda uma nova Constituição, a esse mesmo povo deve ser assegurado o poder de modificá-la, diretamente (ainda que auxiliado por seus representantes, que processariam as emendas sujeitas a plebiscito ou referendo), mesmo que sem produzir integralmente um novo ordenamento.

Então, esse Poder Pontual ou híbrido, embora hábil para modificar as limitações materiais (no todo ou em parte) diferentemente do Poder Originário, permite a modificação das limitações materiais apenas nos pontos e aspectos necessários em face das transformações sociais, sem a necessidade de elaboração de toda uma nova Constituição.<sup>199</sup>

O *Poder Constituinte intermediário*, desta forma, por meio de um processo previamente estabelecido, permite a superação dos limites materiais, com total

---

<sup>198</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis...*, cit., p. 95.

<sup>199</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis...*, cit., p. 96.

amparo democrático, configurado, neste caso, pela legitimação advinda do plebiscito ou do referendo.

Não há, com esta alternativa, a necessidade de, verificada a mudança social e a sua total impossibilidade de acolhimento em decorrência de previsões petrificadas que embarguem a mudança, lançar mão da alternativa colocada pelo *Poder Constituinte Originário*, de elaboração de um novo Estado e, nem tampouco, há que se inclinar pela ignorância à evolução social.

Surge, assim, o *Poder Constituinte intermediário*, como fundamental alternativa para a flexibilização das cláusulas pétreas, mantendo-se, ao mesmo tempo, todo o sistema constitucional em questão.

Contudo, ainda há de se questionar qual o embasamento deste Poder, uma vez que, formado o Estado, este somente poderia ser alterado após verificação dos limites estabelecidos em seu próprio corpo.

Pois bem, entende-se que a legitimidade deste veículo de mudança está presente na própria essência do princípio democrático. Restando ao povo todo o poder de uma sociedade, as mudanças elaboradas pelo *Poder Constituinte intermediário*, mesmo relativas aos aspectos determinados, originalmente, como núcleos não passíveis de alteração, poderiam inovar a ordem constitucional preexistente, pois tais mudanças seriam ou objeto de prévio plebiscito ou, posteriormente à sua elaboração, seriam levadas a referendo popular.

Neste passo, conclamada tal mudança como fruto da vontade do titular do poder, não há que se falar em desrespeito ao sistema democrático, uma vez que este mesmo sistema concederia, na sua própria essência originária, a justificativa para esta ocorrência<sup>200</sup>.

---

<sup>200</sup> Tomando como exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, José Carlos Francisco, a este respeito, sublinha: “No caso da Constituição brasileira de 1988, entendo possível adotá-lo nos padrões do ordenamento vigente (sem qualquer modificação). Justifico esse posicionamento, em primeiro lugar, no princípio democrático que é imanente ao ordenamento constitucional. Em outras

Assim, o *Poder Constituinte intermediário* está alicerçado em sólidas bases democráticas e não fere, por sua própria estrutura, os sistemas constitucionais contemporâneos de fundo democrático. Não se configura, este mecanismo, como uma alternativa criativa para a construção de um caminho alternativo, sem justificativa jurídica para a sua formação.

A legitimação desta possibilidade de alteração parcial de determinados dispositivos petrificados da Constituição, em decorrência do clamor pelo acolhimento do novo, encontra-se no poder do povo de conferir, a esta via, efetividade. Desta forma, resguardada toda a estrutura constitucional, sem a necessidade de atuação do *Poder Constituinte Originário* para recebimento da nova demanda, a segurança jurídica seria mantida, verificando-se a ocorrência de mudanças no sistema normativo, antes não possíveis, corroboradas pelo *sim* popular, o qual, por si só (e respeitado todo o procedimento formal de reforma), concede a legitimidade para a realização e aceitação desta alternativa de flexibilização.

Outra via de transformação das cláusulas pétreas que possibilitaria, também, o recebimento de novas demandas oriundas do evoluir social denomina-se (e

palavras, mesmo sem previsão no ordenamento vigente, entendo que a noção de democracia é inerente às Constituições (como seu princípio central e pressuposto), de modo que sempre é possível ao povo rever o conteúdo de suas disposições.

Em segundo lugar, entendo que a Constituição vigente traz possibilidades expressas para assim proceder, nos arts. 1º, § único, 14, I e II, e 49, XV, todos do ordenamento de 1988. Com efeito, no art. 1º, § único, o constituinte assegurou que todo o poder emana do povo, que o exercerá diretamente, nos termos da Constituição, e elencou o plebiscito e o referendo como modalidades de exercício direto do poder popular no art. 14, I e II, cabendo ao Congresso Nacional convocá-lo, na forma do art. 49, XV.

Note-se que o referendo e o plebiscito não têm restrição temática no ordenamento constitucional vigente, vale dizer, podem tratar de qualquer tema, embora existam algumas situações que sempre exigem modalidade de manifestação direta da população (como o art. 18 e o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988, ligada ao plebiscito). Certamente as disposições da Lei 9.709/98 não impedem a realização do plebiscito ou referendo nos moldes do Poder Pontual, tendo em vista que o fundamento para essas manifestações do povo são imanentes à ordem normativa constitucional, bem como estão contempladas no ordenamento de 1988.

Por esse motivo, com base no princípio da soberania popular abrigado pela democracia mista (direta, representativa e participativa) adotada pela Constituição de 1988, entendo possível que seja processada emenda constitucional alterando limites materiais, desde que essa seja objeto de prévio plebiscito ou, posteriormente à sua elaboração, seja levada a referendo popular.” FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis...*, cit., p. 95/96.

assim é chamada pela melhor doutrina) de mecanismo de *dupla revisão*, ou *dupla emenda*.

Estabelece, esta segunda alternativa de superação dos limites materiais, um cenário que, em uma primeira e superficial análise, poderia ser visto como fraude à Constituição, mas que, entendendo-se a justificativa de sua formação, possível notar a sua total pertinência.

Por este mecanismo, verificado o processo de elaboração e aprovação das emendas constitucionais, passa-se a um processo de duas etapas, pelo qual, como intento último, alcança-se a supressão das cláusulas pétreas e o acolhimento das mudanças advindas do dinamismo social.

O mecanismo de dupla revisão configura-se, assim, pelo estabelecimento de uma primeira fase onde se aprova uma emenda alterando o texto constitucional, relativamente à previsão que estabelece embargos à modificação da Carta (petrificação) e, em um segundo momento, já modificada a Constituição no que diz respeito à petrificação do dispositivo em questão, aprova-se outra emenda, a qual, neste instante, trataria materialmente do ponto da Constituição, anteriormente inalcançável.

Estas duas etapas possibilitam o aprofundamento da discussão acerca do tema, submetendo o ponto a diversas etapas de votação antes da aprovação de seu teor (tomando a realidade brasileira como exemplo, estar-se-ia falando em **oito votações**, todas por **maioria qualificada**, antes da aprovação do aspecto discutido). José Carlos Francisco sinaliza:

O mecanismo da dupla revisão ou revisão em duplo grau é normalmente definido como 'fraude à Constituição'. Todavia, não concordamos com essa assertiva, justamente porque é amplamente possível afirmar a legitimidade democrática nesse procedimento (até porque, se assim não fosse, não estaríamos sugerindo essa medida), especialmente se comparada sua mecanização com os processos constituintes considerados originários.

Exemplificando à luz do ordenamento constitucional brasileiro de 1988, a legitimação, para tanto, estaria tanto em face da necessária *compatibilização* entre o texto maior e a realidade social em processo de mutação constante, quanto na aferição dos representantes do povo em *oito votações* (quatro na primeira etapa e mais quatro na segunda), todas por *maioria qualificada*. Isso, sem falar na legitimação pelo procedimento que, a rigor, expressamente não

veda essa fórmula (embora tal impedimento possa ser extraído da expressão ‘tendente a abolir’).<sup>201</sup>

Jorge Miranda defende, também, a possibilidade de ocorrência do mecanismo da dupla revisão, destacando:

As cláusulas de limites realçam de novo a idéia de Direito, a estrutura fundamental, aquilo que identifica a Constituição em sentido material subjacente a Constituição em sentido formal. Mas não podem impedir futuras alterações que atinjam tais limites, porque o poder constituinte é, por definição, soberano. O que obrigam a dois processos, em tempos sucessivos um para eliminar o limite de revisão e outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele; o que obrigam é a tornar patente, a darem-se as modificações que dificultam, que a Constituição em sentido material já não é a mesma.<sup>202</sup>

Neste instante, fundamental abrir-se parênteses para, a respeito do mecanismo de dupla revisão, destacar posição de Jorge Miranda. Para o autor, deve-se sempre fazer distinção entre princípios e preceitos quando se fala em revisão. Nesta trilha, o autor assevera serem, os preceitos, sempre passíveis de revisão, contudo, sem afetar os princípios constitucionais, pois, neste caso, se fossem atingidos princípios, estar-se-ia falando em transição constitucional. Sobre a revisão de preceitos, leciona Jorge Miranda:

Como tais – e sem com isto afectar, minimamente que seja, nem o valor dos princípios constitucionais, nem o valor ou a eficácia dessas normas na sua função instrumental ou de garantia – elas são revisáveis do mesmo modo que quaisquer outras normas, são passíveis de emenda, aditamento ou eliminação e até podem vir a ser suprimidas através da revisão. Não são elas próprias, limites materiais.<sup>203</sup>

Relativamente aos princípios insculpidos na Constituição, Jorge Miranda entende que a revisão destes resulta, inevitavelmente, ou em inconstitucionalidade, ou, de fato e de direito, outra Constituição, mas aceita o autor a possibilidade de transição constitucional, pelo processo de revisão. José Carlos Francisco, analisando este ponto de estudo de Jorge Miranda, sublinha:

---

<sup>201</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis...* pg. 97/87.

<sup>202</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 197/198.

<sup>203</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 207

Não é demais lembrar que Jorge Miranda aceita a idéia da transição constitucional (ou seja, do surgimento de uma nova Constituição) mediante *processo de revisão*, nos termos acima referidos, e não propriamente pela *revisão em si*. Assim, assevera que não defende tese intermediária ou de compromisso, mas sim, que existem diferentes categorias de limites, e que tais cláusulas merecem interpretação objetiva e realista, ao mesmo tempo em que insiste ‘*que nada impede que o processo de revisão – não a revisão – seja utilizado para uma transição constitucional.*’

Destaca o autor que a experiência constitucional contemporânea tem apresentado vários casos de transições constitucionais com resultados satisfatórios, até porque tais mecanismos por vezes se mostram legitimados pelos processos preestabelecidos de modificações, evitando-se, também, os custos, riscos e desgastes inerentes às revoluções, bem como a solução de continuidade dos textos constitucionais, servindo como útil instrumento de adequação constitucional às transformações políticas e sociais.<sup>204</sup>

Tem-se, então, no instrumento da dupla revisão uma importante alternativa para discussão da pertinência de dispositivos petrificados que embarguem o evoluir social. Por sua vez, a essência complexa e profunda de discussão e votação até, por fim, a queda da cláusula petrificada, confere legitimidade a este mecanismo, afastando qualquer alegação de “fraude à Constituição” que possa existir.

A dupla revisão, tendo em vista a necessidade de atualização do texto constitucional e frente aos prejuízos, riscos, insegurança e instabilidade institucional advindos de um amplo processo constituinte, é uma alternativa mais que razoável, permitindo, por seu uso, a manutenção de toda a coluna mestra da Constituição, mas adequando-a, especificamente, à chegada do novo.

As possibilidades que ora se traz, de alteração de comandos petrificados, têm como único objetivo desenhar vias de realização da democracia em sistemas paradoxais em suas próprias essências. Ou seja, ao se deparar com instrumentos de embargos à aceitação do novo (mesmo que sob aspectos parciais do texto constitucional), está-se diante de uma escolha pouco confortável. Ou, neste caso, se opta pelo respeito aos dispositivos de intangibilidade e ignora-se a necessidade de aceitação do novo fragilizando a Constituição e tornando-a menos efetiva, ou, afronta-se o sistema positivado, desconhecendo a existência dos núcleos superconstitucionais, acolhendo-se o novo mediante mudanças simplesmente indevidas da Constituição.

---

<sup>204</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis...*, cit., pp. 110/111.

Nem uma possibilidade, nem outra, há de ser, de modo simplista, opção. O que se deve buscar é o caminho seguro da conjugação. Voltar atenção para o teor dos textos constitucionais, seus princípios e valores e, dentro deste cenário, moldar saída para o *dilema contramajoritário* que já destacava J. J. Gomes Canotilho:

A domesticação jurídica do poder constituinte veiculada pelo estabelecimento de limites ao poder constituinte derivado ou poder de revisão originará, por sua vez, outros momentos de perplexidade jurídica e política. Referimo-nos ao chamado *paradoxo da democracia*: como pode um poder estabelecer limites as gerações futuras? Como pode uma constituição colocar-nos perante um *dilema contramajoritário* 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’ (Rousseau)?<sup>205</sup>

Enfrentar o problema trazido pelas cláusulas pétreas, instrumentos de proteção à Constituição, que impedem a mobilidade advinda da evolução social, é tarefa árdua, mas fundamental para a construção de sistemas constitucionais que efetivamente possam garantir o tranqüilo caminhar das sociedades democráticas.

---

<sup>205</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, cit., p.74.

## CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, apresentam-se algumas conclusões retiradas do exercício reflexivo proposto.

1. A Constituição compreende um conjunto de elementos sociais, os quais, agrupados em um documento específico, ou mesmo condensados e assimilados por um povo ao longo da história, representa a base que estruturará o desenvolvimento das relações entre os cidadãos.
2. A idéia de lei fundamental não pode prescindir do sentido de durabilidade. Ou seja, as Constituições devem ter a característica de durabilidade, pois somente assim possível será, aos cidadãos, organizar suas vidas, com fim de desenvolvimento de suas virtudes, com total segurança jurídica.
3. Quanto mais “durável” uma Constituição, mais segurança será trazida ao Estado que esta fundou, bem como aos cidadãos de aludida comunidade.
4. Outro fundamental aspecto da Constituição, que semeia o solo desta dissertação, é a imperatividade das normas constitucionais. As Constituições estabelecem regramentos os quais têm a força do comando.
5. Sem respeito às orientações da Carta Constitucional, não há falar-se em Estado de Direito e enfraquecidas ficarão as relações forjadas no seio da sociedade. Esta a razão pela qual as mutações constitucionais, em que pese necessárias, devem obedecer a procedimentos complexos e dificultosos.
6. As cláusulas pétreas têm sua existência justificada pelo medo do retrocesso social. Assim, com receio da perda dos ganhos alcançados com avanços sociais, o legislador busca, por meio das cláusulas pétreas, proteger os próprios cidadãos contra o que denominou Alejandro M. Garro, o “canto das sereias”. Deste modo, através das cláusulas pétreas garante o legislador constituinte originário, a proteção “perpétua” de

direitos julgados fundamentais no momento de criação do Estado, concedendo a este núcleo a característica de inalterabilidade.

7. Indiscutível que a Constituição deva ter em seu corpo mecanismos de proteção de sua própria existência, meios estes, que buscam afastar os desgovernos e os afrontamentos dos cidadãos à Carta suprema.

8. Mesmo tendo sua presença justificada, a melhor doutrina que enfrenta a matéria aponta para o perigo relativo à extensão destes dispositivos de intangibilidade.

9. As cláusulas pétreas, em que pese a boa intenção de sua presença nas Constituições, são um verdadeiro contra-senso aos sistemas constitucionais. As Constituições têm por objetivo final realizar o bem-estar dos cidadãos. Para tanto, devem acompanhar a formação e o desenvolvimento das relações sociais, apresentando, sempre, instrumentos que viabilizem a concessão de respostas e alternativas para as demandas que surgirão.

10. Em sistemas democráticos, não pode o povo, titular da *res publica*, ser colocado diante de mecanismos que embarguem a possibilidade de iniciativa popular, em prol do recebimento de mudanças. Devendo a Constituição sempre ser respeitada, esta há de apresentar, aos cidadãos, meios para verificação da mudança e recebimento do novo no cerne social. Do contrário, esta relação de respeito será rompida, o que, fatalmente, gerará insegurança jurídica e desarmonia institucional.

11. Deve a Carta suprema contemplar a possibilidade de mudanças, sem a quebra institucional.

12. Em nome da proteção de direitos fundamentais dos cidadãos, as cláusulas pétreas acabam por pôr em risco todo sistema constitucional, pois estes dispositivos não se preocupam com a máxima bem exposta por Eros Roberto Grau e Paulo Bonavides, segundo a qual, a vida é movimento.

13. O contra-senso das previsões de imutabilidade, presentes em sistemas constitucionais democráticos, está no fato destes dispositivos afetarem o principal agente de construção dos direitos e demandas sociais, que é o tempo.

**14.** O Direito é criação humana, ciência oriunda da percepção de eventos históricos, do aprendizado com o passado e da força conjuntural do presente. Os sistemas constitucionais atuais, por sua vez, foram montados a partir da experiência do moderno constitucionalismo do século XVIII.

**15.** Sendo os sistemas normativos um construído, todo e qualquer mecanismo que impeça o recebimento de novas perspectivas por aludidos sistemas, será, inevitavelmente, uma afronta aos direitos fundamentais dos cidadãos.

**16.** Não sendo um dado estabelecido, um aspecto definido e inalterável, os direitos fundamentais dos cidadãos não podem prescindir da possibilidade de mudança. Não é possível alcançar o pleno desenvolvimento social, se a Carta que rege determinado Estado, não apresentar alternativas que garantam a possibilidade efetiva de alteração de seus preceitos.

**17.** Deste modo, o Direito, como uma ciência em constante (re)construção, deve garantir, em plano primeiro, o recebimento de novos valores, os quais refletirão nas novas condutas e ocasionarão demandas de alteração dos dispositivos jurídicos já existentes.

**18.** Indiscutível o perfil gregário do ser humano. José Afonso da Silva aponta, de modo enfático, que a organização social é necessidade fundamental dos seres humanos. Desta necessidade, os homens se agrupam em comunidades para o convívio e desenvolvimento de suas virtudes.

**19.** Desta característica inata de vida em sociedade, os cidadãos se unem para o estabelecimento de regras que possam conceder, a esta união de seres, organização social. Surge, assim, como força criadora do ordenamento jurídico de uma comunidade, o Poder Constituinte. Como resultado da atuação deste Poder, tem-se a Constituição de um Estado.

**20.** A Constituição dá o tom do Poder que a constitui. Neste passo, o Poder Constituinte deve ter na diligência a sua principal característica. Diligência de olhar ao redor e pensar o tempo. O tempo passado, o tempo presente e o tempo futuro.

**21.** O Poder Constituinte tem como função delimitar os moldes e previsões da Constituição de um Estado. Nos regimes democráticos, do povo emana este tão fundamental poder. Assim, ao povo cabe decidir sobre o seu próprio destino e organizar a vida social que irá desfrutar de modo livre. O Poder Constituinte, desta forma, é estruturado pelo consenso dos indivíduos com objetivo de concepção de uma estrutura política pública de justiça.

**22.** O dinamismo das relações existentes em uma sociedade deve ter como segurança um texto constitucional que permita verificar estas mudanças e acolha-as em seu corpo. Ignorada esta possibilidade, ter-se-á, inevitavelmente, que decidir entre a ruptura com os modelos constitucionais presentes, ou o desrespeito das regras positivadas. Inegável que a ignorância da realidade dinâmica, imposta pelas mudanças ocorridas na sociedade, é a pena capital da Constituição.

**23.** O Poder Constituinte Originário vincula todas as gerações que se formarem e se desenvolverem no cerne do Estado que institui. Desta forma, tão melhor será a vida em sociedade, quanto mais apta para respostas para as novas demandas for a Constituição.

**24.** As normas de intangibilidade caracterizam-se por ser um poder absoluto que vincula a vontade futura da maioria ou até mesmo da totalidade dos cidadãos, com a pretensa justificativa de ciência do melhor e mais adequado caminho a ser seguido.

**25.** Com as cláusulas pétreas deixa a liberdade de ser a garantia dos interesses dos cidadãos, restando à vontade do poder que inaugura o Estado, o instrumento que determinará as relações futuras, ignorando que tais relações serão, obrigatoriamente, delimitadas por fatores sociais desconhecidos quando da formação do Estado.

**26.** A dualidade entre as cláusulas pétreas e o exercício da liberdade, nos regimes democráticos, acaba por gerar prejuízos profundos para as sociedades.

**27.** Após, principalmente, o terceiro quartel do século XVIII (com as revoluções burguesas de 1789 e 1848) buscou-se a estruturação de Estados cada vez mais voltados para a satisfação da vontade popular. A manifestação do povo e a busca por sua inserção no cenário decisório das sociedades, forjou a evolução das relações sociais, realizando o ideal democrático, como muito bem lecionou Hans Kelsen.

**28.** Aos poucos, o princípio democrático torna-se inerente à idéia de Constituição, sem a presença de um regime democrático; pelo menos com a moderna concepção de Constituição, não há falar-se em sistema constitucional. Uma vez mais, mostra-se a incongruência da existência das cláusulas pétreas. A fórmula é simples: as Constituições modernas devem ser forjadas com base na verificação das demandas sociais, para a plena realização da vontade popular. Todo regime que, por sua vez, traga em seu corpo limitações às mudanças e aceitação do novo, será um sistema de limitação constitucional. Desta feita, quanto menos participação do povo no jogo político e nos caminhos sociais, menos democrática será a sociedade. Quanto menos democracia, menos Constituição.

**29.** Ninguém melhor que o povo para delimitar os rumos da sociedade, pois agentes e sujeitos dos fatos sociais. Os direitos humanos, assim, se encontram com o princípio democrático, uma vez que a realização da democracia está diretamente ligada às condições de seu povo. O principal instrumento para o alcance da justiça social (e conseqüente realização do desenvolvimento e harmonia social) é a democracia, e esta não pode prescindir da vontade popular para verificar o que é, para aquele povo, justiça.

**30.** Nas democracias representativas, a possibilidade de se instaurar, nas Constituições, dispositivos imutáveis, não é só um contra-senso ao regime democrático, como também um grande risco à população, pois esta pode ver maculada a titularidade de seu poder por interesses outros daqueles que foram escolhidos para representar a população.

**31.** O sentido maior dos regimes democráticos, sejam eles diretos ou representativos, reside na importância do povo, titular do poder, que pode e deve, sempre que julgar necessário, e verificado os procedimentos determinados, mudar as suas leis sem que signifique, este ato, uma quebra institucional que faça surgir a instabilidade no seio da comunidade.

**32.** A democracia representativa, como bem apontou André Franco Montoro, é o caminho que melhor pode realizar o princípio democrático. A participação direta do povo, nos caminhos de sua comunidade, é o mecanismo mais hábil para o alcance da justiça e harmonia social.

**33.** As cláusulas pétreas, instrumentos de proteção da Constituição, inseridas em um universo democrático, logo despontam como uma possibilidade dissonante por serem, na sua essência, antidemocráticas. Isto, pois, para as cláusulas de intangibilidade, as mudanças sociais pouco importam, e a única possibilidade diante da necessidade de alteração de um regramento petrificado, é a elaboração de um novo texto constitucional, fato que gera insegurança jurídica retirando do sistema a característica fundamental de durabilidade dos textos supremos.

**34.** A vontade popular é a base dos regimes democráticos. Qualquer imposição que vise limitar esta iniciativa irá de encontro com o princípio democrático e, bem assim, com os sistemas constitucionais modernos. Com a justificativa de proteção dos direitos mais fundamentais dos cidadãos, cláusulas pétreas são utilizadas restringindo a possibilidade de mudança, mesmo com a ciência que estes dispositivos petrificados podem desmantelar todo o regime constitucional erguido.

**35.** As Constituições, para perfeito cumprimento de seu papel, devem trazer em seu corpo a possibilidade de discussão, pelos seus cidadãos, de mudanças, permitindo a inserção, em seu cerne, de dispositivos inicialmente não contemplados e alternativas não vislumbradas quando do momento inicial de sua promulgação.

**36.** A discussão sobre a inadequação da presença de cláusulas de intangibilidade ganha ainda mais força se inserida no contexto atual, de uma realidade globalizada, onde o dinamismo das relações e as mudanças nas relações sociais são ainda mais acentuados.

**37.** As Constituições, por sua vez, clamam por mecanismos de proteção que possam garantir, além da supremacia do texto constitucional frente aos demais (conforme José Afonso da Silva), a durabilidade da Carta, protegendo-a contra desmandos de governos e desrespeitos dos cidadãos. Sendo, as cláusulas pétreas, um destes mecanismos e, fato

ainda mais importante, instrumento disseminado em quase todas as Constituições democráticas contemporâneas, há que se buscar, diante desta realidade social, alternativas tanto para as cláusulas pétreas, quanto para a sua convivência no cenário democrático.

**39.** A interpretação surge como basilar instrumento para atualização das Constituições, uma vez que ao intérprete cabe a percepção de seu mundo e seu tempo, e a resposta às demandas sociais. O exercício interpretativo, assim, não é outro senão a busca para as respostas advindas do dinamismo social.

**40.** Ao intérprete fica resguardada a função de determinar ou identificar o conteúdo da norma. Por esta atividade busca-se a compreensão da norma. Não há norma sem interpretação.

**41.** A interpretação constitucional, por sua vez, é um elemento estabilizador, pois através da atividade interpretativa pode-se chegar à harmonização almejada diante do surgimento de novas demandas sociais. Nas Constituições rígidas, onde o formalismo da produção jurídica sempre significou penhor de estabilidade das instituições e do sistema, a interpretação é o canal mais hábil para a busca do problema em questão.

**42.** Relativamente às cláusulas pétreas, a interpretação também desponta como instrumento de fundamental valia. Isto porque os dispositivos de intangibilidade devem ser compreendidos dentro do todo do texto constitucional. Assim, os mandamentos serão petrificados e intangíveis, se os núcleos que se pretende defender, forem ameaçados. Não significa dizer que o enunciado, por constar de título ou capítulo, ou, por em determinado período ser considerado como texto protetivo de um direito individual, será, para sempre, mantido com tal compreensão. A interpretação pode, respeitada a coluna mestra e o sentido maior da Constituição, alterar o entendimento daquele comando petrificado, flexibilizando o mesmo, sem desrespeitar o sistema constitucional.

**43.** Com a interpretação não se faz necessário falar em nova Carta suprema, quando do surgimento de demandas que requeiram mudanças no sistema petrificado. O exercício interpretativo permite a remodelação do texto pelas novas compreensões que são dadas

aos mandamentos constitucionais. Com as cláusulas pétreas, apesar de mais limitada a atividade de interpretação, também servirá esta para proteger a Constituição. Assim, em Constituições em que se encontrem cláusulas pétreas, deverão estes dispositivos ser respeitados, bem como não poderão, os mesmos, ser modificados. Para que não se desrespeite a Constituição, e, ao mesmo tempo, atenda-se às mudanças sociais, a alternativa mais adequada é valer-se da interpretação como lenitivo estabilizador.

**44.** O *Poder Constituinte misto ou intermediário*, apresenta-se, também, como alternativa de flexibilização dos limites materiais da Constituição.

**45.** O *Poder Constituinte misto ou intermediário* oriundo da teoria tricotômica do Poder Constituinte, caracteriza-se pela via, por meio de um processo previamente estabelecido, que permite a superação dos limites materiais, com total amparo democrático, configurado, neste aspecto, pela legitimação advinda do plebiscito ou do referendo.

**46.** Por fim, coloca-se o instrumento da dupla revisão, assim denominado por Jorge Miranda, como, também, uma trilha apta para alteração das cláusulas pétreas e configurada pelo processo de elaboração e aprovação de emendas constitucionais, com fim último de alteração do texto então petrificado.

**47.** Pelo mecanismo da dupla revisão, inicialmente estabelece-se uma primeira fase onde se aprova uma emenda alterando o texto constitucional, relativamente à previsão que estabelece embargos à revisão e, em um segundo estágio, aprova-se outra emenda para modificação do teor do dispositivo em questão. A legitimidade deste método está justamente ligada ao complexo e exaustivo processo de várias votações, até alteração do mandamento petrificado.

## ENCERRAMENTO

Com as breves palavras que ora se enfileiram, encerra-se esta dissertação, mas não sem a certeza de que muito há de se pensar sobre os aspectos trazidos nesta monografia. E isto, pois muito há que se agregar às linhas que estruturaram este trabalho. Idéias que se formarão com o tempo, este elemento imprescindível para o Direito.

Aliás, pensar o tempo e sua influência para todos nós é a principal missão da doutrina do Direito. Esta ciência precisa, antes de qualquer teoria, qualquer princípio, qualquer discussão, ter por certo que o tempo, este agente de mudanças, evoluções e retrocessos, é o mais importante elemento do Direito.

Ao regradar condutas sociais, o Direito há de verificar o seu tempo, mas também o tempo que foi e o que está por vir. Esta tão complexa atividade que poderá conceder aos cidadãos a certeza, ou ao menos a tranqüilidade, de saber que normas de conduta serão forjadas e poderão, ao longo do tempo, conviver e contribuir para o alcance da justiça social.

Enquanto a pretensão presente daqueles que criam Estados e estruturam Constituições, com o marco de suas certezas momentâneas, for o norte, não será possível semear o solo da tão desejada paz social.

## BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. (2ª tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (orgs.). *Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia*. Organização e apresentação de José Fernández Santillán. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral da Política. A filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, em ênfase no Federalismo das Regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. A salvaguarda da democracia constitucional. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. A constituição e os limites de sua reforma. In: BONAVIDES, Paulo (dir.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, São Paulo, n. 1, janeiro/junho 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Poder Constituinte versus Poder Reformador. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

- \_\_\_\_\_. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- CERQUEIRA, Marcello. Revisão, reforma constitucional e plebiscito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Sobre legitimidade das constituições. In: BONAVIDES, Paulo (dir.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, São Paulo, n. 5, janeiro/ junho 2005.
- DAHL, Robert A.. *On democracy*. Virginia, USA: Yale University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. Globalização, soberania e direito. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Revisão Constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 114, abril/junho 1992.
- FERREIRA, Luiz Pinto. As emendas à constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido. In: BONAVIDES, Paulo (dir.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, São Paulo, n. 1, janeiro/junho 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 1991.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993. (Coleção Fundamentos do Direito)

- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MBAYA, Etienne-Richard. “Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas”. *Revista Estudos Avançados da USP – Universidade de São Paulo*. São Paulo, n. 30, Volume II.
- MENCKEL, Henry Louis. *O livro dos insultos de H. L. Mencken*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: IBRASA, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O utilitarismo*. Traduzido por Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

- MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Constituição e Democracia na experiência portuguesa. In: *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MULLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-Nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. In: BONAVIDES, Paulo et. al. (coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. (Série Temas, volume 73).

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Clássicos).

RUSSEL, Bertrand. *Caminhos para a liberdade: socialismo, anarquismo e sindicalismo*. Tradução de Breno Silveira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Coleção Dialética)

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005 (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004).

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente?* Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 10 abr. 2006.

TEMER, Michel. *Constituição e política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEIZSFLOG, Walter (Ed.). *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 568. (Dicionários Michaelis)

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)