

A DUPLA INCONSISTÊNCIA TEÓRICA DAS CLÁUSULAS PÉTREAS: DOS PONTOS DE VISTA DEMOCRÁTICO E JUSFILOSÓFICO

THEORY OF A DOUBLE INCONSISTENCY CLAUSES IMMUTABLE: VIEWS OF DEMOCRATIC AND JUSFILOSÓFICO

Marcos Onete Fontenele Moreira¹

Ysmênia de Aguiar Pontes²

RESUMO: O presente trabalho abordará, no primeiro momento, a história da evolução das constituições, desde os primórdios até o momento contemporâneo: o constitucionalismo em sentido amplo e estrito e a história das constituições brasileiras. Em seguida, será apresentada uma pesquisa sobre as Cláusulas Pétreas e sua origem, tentando traçar um paralelo entre elas e a democracia. Toda a parte da evolução das Cláusulas de imutabilidade nas Constituições brasileiras será abordada. Com isso, questiona-se se as cláusulas de imutabilidade encontram-se amparadas no projeto moderno de democracia, de modo que elas sejam passíveis de serem justificadas teórica e democraticamente. Recorre-se a uma proposta de um direito fundado no discurso e, com isso, explicita-se o caráter dogmático das cláusulas pétreas, na medida em que elas não são fundadas no discurso, mas são impostas pelo legislador ou pelos tribunais. Não obstante, serão demonstrados os pontos de vista positivos e negativos de sua existência. Todo o trabalho foi realizado através de vasta pesquisa bibliográfica, incluindo artigos e *sites* da Internet.

Palavras-Chave: Cláusulas Pétreas. Democracia. Constituição. Dogmatismo. Pragmatismo.

ABSTRACT: This paper will address, at first, the story of the evolution of constitutions, from the beginnings to the contemporary moment: constitutionalism in broad and narrow sense and the history of Brazilian constitutions. Then, a survey of constitutional rule and its origin will be presented, trying to draw a parallel between them and democracy. All part of the evolution of the clauses of immutability in Brazilian Constitutions will be addressed. With this, one wonders whether the clauses of immutability are supported in modern democracy, so they are likely to be theoretically

¹ Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: marcos.ofm@uol.com.br

² Graduada em Letras pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Graduada em Direito pela Faculdade Farias Brito (FFB). Professora Especialista da Faculdade Luciano Feijão (FLF). Advogada. E-mail: ysmeniapontesadv@gmail.com

justified and democratically. We resort to a proposal of a law based on speech and, thus, explicitly if the dogmatic character of constitutional rule, in that they are not based on speech, but are imposed by the legislature or the courts. Nevertheless, will be demonstrated the positive views and negative of its existence. All work was accomplished through extensive literature search, including articles and websites.

Key-words: entrenchment clauses. Democracy. Constitution. Dogmatism. Pragmatism.

INTRODUÇÃO

Assistiu-se durante a história do Ocidente, principalmente durante o século XX, grande desrespeito, não raro institucionalizados, aos direitos humanos. Basta lembrar as experiências cruéis vivenciadas pelos regimes totalitários, seja na Europa ou na América Latina.

Nesses regimes, os direitos humanos e a democracia foram alijados e em seus lugares ditadores passaram a governar e a ditar valores, não raro respaldados pelas diversas cortes judiciais, ora por Tribunais Constitucionais, ora pelos Supremos Tribunais Federais.

Após essas experiências catastróficas, diversas nações preocuparam-se, após a reconquista da democracia, em blindar os direitos humanos, contra toda sorte de regimes ou atos autoritários. Dessa forma, cuidaram em registrar na suprema lei de seus respectivos países certos direitos humanos fundamentais, que se convencionou chamar de Cláusulas Pétreas.

No Brasil, após a reconquista da democracia, que foi algo alcançado recentemente pelos brasileiros, pois temos pouco mais de vinte anos de regime democrático, o constituinte teve a preocupação de registrar na Carta Magna a existência de valores e direitos fundamentais que não são passíveis de mudança, nem pelo próprio constituinte.

Pensando nisso, surgiu a ideia de realizar um trabalho que pudesse discutir e mostrar que no Direito brasileiro as Cláusulas de imutabilidade são impostas e que a população não participa dessas decisões em nenhum momento histórico das Constituições. Com o intuito de encontrar soluções, surge o presente trabalho, que permeia em primeiro lugar o histórico das Constituições no mundo e no Brasil, em seguida, traça um paralelo a respeito das Cláusulas Pétreas em todas as Constituições brasileiras, passando a ideia que, mesmo implicitamente, elas já existiam desde a primeira Constituição.

Em seguida será discutido, no núcleo central do texto, a ideia a que se questiona durante todo o trabalho: seriam as Cláusulas Pétreas legitimadas teórica e democraticamente nas nossas Constituições? Para solucionar esse dilema, é feita uma pesquisa a respeito da democracia e é explicitada uma proposta de uma teoria pragmática do direito, em que o povo, verdadeiro mandatário do direito, tem seus valores e verdades postas em discussão. Leva-se a sério as conquistas da reviravolta linguística na sua segunda fase, em que são explicitados os pressupostos da dimensão pragmática da língua, ao contrário da primeira fase, em que se enfatizam as dimensões sintático-semânticas. Ora, na pragmática, a ênfase se dá nos sujeitos do discurso, que se entendem sobre algo e ao fazerem isso pressupõem que o seu parceiro do discurso levanta pretensão de verdade e que essas pretensões de verdade têm que ser avaliadas criticamente. É assim que uma teoria do direito deve postular valores: após uma discussão entre seus pares.

Essa é a proposta do presente trabalho, ao tentar demonstrar como se constrói uma teoria discursiva do direito, em que os sujeitos são verdadeiros mandatários e únicos responsáveis por suas conquistas jurídicas e democráticas.

1 O CONSTITUCIONALISMO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O presente tópico abordará a evolução do constitucionalismo no mundo desde os primórdios, o sentido amplo e estrito, o percurso do constitucionalismo nos períodos primitivo, antigo, medieval, moderno, contemporâneo e futuro. Falar-se-á um pouco dos tipos de Constituição, sejam elas: sociológicas, jurídicas ou políticas e seus sentidos. Relatar-se-á o percurso das Constituições brasileiras e suas mudanças.

Na visão de Bulos, (2012. p. 64), a definição de constitucionalismo é: “(...) Palavra recente revestida numa ideia remota”. Para o autor o termo ainda não está consolidado pois se a palavra é nova o termo é muito antigo.

Para Canotilho, (2003. p. 51), o “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. O autor acredita que o constitucionalismo comporta um claro juízo de valor e assim seria uma teoria normativa da política, assim como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo ou outras teorias.

Já para Sarmiento, (2012, p. 87), a ideia de Constituição está associada ao constitucionalismo moderno que, “preconiza a limitação jurídica do poder político, em

favor dos direitos dos governados”. O mesmo autor comenta que as concepções de constitucionalismo e Constituição, vem sofrendo grande influência das mudanças sociais, políticas e econômicas.

Na busca de se tentar entender o verdadeiro sentido da palavra Constituição, fala-se em uma Constituição sociológica, que representaria todas as leis de uma sociedade ou uma Constituição jurídica que o seu maior defensor foi Hans Kelsen, que examinou a Constituição nos sentidos lógico-jurídico, jurídico-positivo, formal e material, ele acreditava que toda função do Estado é uma função de criação de normas jurídicas e que os três poderes criados pela teoria clássica, nada mais é do que uma forma jurídica positiva de certos aspectos da criação jurídica (BULOS, 2012).

No sentido jurídico-positivo a Constituição, “ela surge como grau imediatamente inferior ao momento em que o legislador estabelece normas reguladoras da legislação mesma” (Bulos, 2012, p. 103). Da visão lógico-jurídico seria a norma jurídica, não positiva, visto que existe um ato legislativo superior a ela que não foi normatizado no direito positivo. Já no sentido formal e material, Hans Kelsen também conseguiu fazer esta distinção quando diz que em sentido formal a Constituição tem por finalidade dificultar o processo reformador e no material ela tem como função regular a criação de normas jurídicas gerais.

Em outro momento tem-se o que se pode chamar para Carl Schmitt de Constituição política, que seria fruto de uma decisão política fundamental. “para os adeptos desse pensamento, constituição é o conjunto de normas que dizem respeito a uma decisão política fundamental, ou seja, aos direitos individuais, à vida democrática, aos órgãos do Estado e à organização do poder” Bulos, (2012, p. 104).

Além destes três sentidos de Constituição existem também: Constituição Jusnaturalista, onde ela seria concebida a luz do direito natural; a Constituição positivista que seria um conjunto de normas emanadas do poder do Estado; a Constituição Marxista, que seria o produto da supraestrutura ideológica, condicionada pela infraestrutura econômica; a Constituição institucionalista é a expressão das ideias fortes e duradouras, dos fins políticos, com a intenção de cumprir programas sociais, é bem parecida com a sociológica; Constituição culturalista seria um produto do fato cultural; Constituição estruturalista, seria o resultado das estruturas sociais, servindo para equilibrar as relações políticas e o processo de transformação da sociedade; a Constituição biomédica elas asseguram a identidade genética do ser humano e asseguram a dignidade humana, resguardando os biodireitos; a Constituição compromissória reflete a pluralidade das forças políticas e sociais; a Constituição

suave é aquela que não possui exageros, como a dos EUA de 1787; a Constituição em branco é aquela que não contém limitações expressas ao poder de reforma; a Constituição plástica ela possui maior mobilidade, projetando a sua força normativa na realidade social, política, econômica e cultural; temos ainda a Constituição empresarial, a oral, que defende a força da voz do povo e visa criar um conjunto de normas para reger a vida em comunidade, já a instrumental é aquela que suas leis representam normas processuais e a Constituição como estatuto do poder, que seria um mecanismo para legitimar o poder soberano, segundo certa ideia de direito, prevalecente no seio da sociedade, Bulos, (2012, p. 104-109).

Para melhor esclarecer a concepção da palavra, constitucionalismo, será feito um estudo sobre o seu sentido amplo e estrito que para Bulos “da ótica *stricto sensu*, o constitucionalismo advém do movimento constitucionalista, que o alçou ao posto de técnica jurídica de tutela das liberdades públicas”.

1.1 O Constitucionalismo em Sentido Amplo e Estrito

O sentido amplo da palavra constitucionalismo remete à ideia de que todo Estado possui uma Constituição, em qualquer momento histórico da humanidade, seja ela escrita ou não. Com a definição de Bulos, (2012 p. 65) “O que interessa, apenas, é a existência, explícita ou tácita, de um conjunto de princípios, preceitos, praxes, usos, costumes etc., que ordenavam, com supremacia e coercitividade, a vida de um povo”. Nesse contexto, observa-se que mesmo não havendo uma Constituição em outras épocas, havia princípios e leis que eram seguidas, pois era a partir delas que as sociedades se organizavam. Eram as chamadas por Bonavides (2011) de Constituições costumeiras ou consuetudinárias, segundo o autor até os fins do século XVIII o que predominava eram estas Constituições, fundadas nos costumes constitucionais. Nos dias atuais não existem Constituições totalmente costumeiras, há as que são parcialmente costumeiras como a da Inglaterra, que segundo Bonavides. (p. 84. 2011) “cujas leis abrangem o direito estatutário (*statute Law*), o direito casuístico ou jurisprudencial (*case Law*), o costume, mormente o de natureza parlamentar (*parliamentary custom*) e as convenções constitucionais (*constitutional conventions*)”.

Temos também as Constituições complementadas pelos costumes, como a Constituição norte-americana, que utiliza os costumes como forma de auxiliar o texto constitucional.

Em sentido estrito, o constitucionalismo se define para Bulos, (2012, p. 65), como sendo “a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com bases em Constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio”.

Nesse sentido, a ideia central era que o movimento constitucionalista lutava para que todas as Constituições fossem escritas e que nelas estivessem preservados os direitos e garantias fundamentais do povo a fim de tirar o poder das mãos dos soberanos absolutistas.

Não se pode deixar de lembrar que o termo Constituição, antes do século XVII, não era conhecido, só passou a ser difundido depois que as Constituições passaram a ser escritas.

Percebe-se que as Constituições escritas são aquelas adotadas pelo ordenamento jurídico e as costumeiras eram as adotadas pelas sociedades sem que nada existisse normativamente.

Para Canotilho, (2003, p. 55), “os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”.

Agora irá ser abordado um pouco da parte histórica do constitucionalismo em alguns períodos da história da humanidade.

1.2 O Constitucionalismo nos Períodos: Primitivo, Antigo, Medieval, Moderno, Contemporâneo e Futuro

O constitucionalismo primitivo resgata a ideia de que as sociedades sempre tiveram uma Constituição, mas que era feita de costumes, onde os chefes de famílias ou os líderes da comunidade instauravam regras que deveriam ser cumpridas. O politeísmo também influenciava nessas normas consuetudinárias como relata Bulos (2012, p. 67), “Ao elemento consuetudinário somava-se a força do politeísmo. Os homens viviam sob o domínio de uma autoridade considerada divina, em que os detentores do poder eram os sacerdotes, tidos como representantes dos deuses”. Ratificando o que já foi explicado no constitucionalismo amplo no período primitivo, apesar de não existir uma Constituição escrita, existiam normas passadas pelos sacerdotes, pelos chefes de tribos ou de clãs e pelos chefes de família que deviam ser seguidas e eram seguidas pela sociedade da época. Comentam alguns autores, como

Bulos 2012. p. 67 (*apud* Loewenstein. *Teoria de La constitucion*, p. 154-157), que a primeira civilização a passar por esse processo foi o antigo Estado hebreu, onde o poder político era estabelecido através da Bíblia e quem não seguisse os limites bíblicos poderiam ser punidos.

As principais características desses povos foram, segundo Bulos, (2012, p. 68): “Os direitos, prerrogativas e deveres não vinham depositados em instrumentos constitucionais escritos. Aliás, nem existia a díade constituição formal *versus* constituição material. Cada comunidade regia-se por costumes próprios, quase sem contato com outros grupos (...)”.

Esse período perdurou de 30.000 anos a.C. até 3.000 anos a.C., já o constitucionalismo antigo foi de 3.000 a.C. até o século V. Nas civilizações desse período inexistiam Constituições escritas e prevaleciam os acordos de vontades. Os detentores do poder eram reis, imperadores e déspotas que não se submetiam a nenhuma forma de comportamento, a supremacia do parlamento não se subordinava a nada, por isso não existia naquela época controle de constitucionalidade, mesmo que fosse uma Constituição consuetudinária.

Neste período existiam as Polis gregas, onde a sua organização política era também chamada de politeia, expressão que muitos traduzem como Constituição, seria um conceito que determinava a forma de organização da comunidade política, neste período vigorou a democracia direta, onde os próprios cidadãos deliberavam em praça pública sobre assuntos considerados importantes para a sociedade. Neste período, não ocorreu o desenvolvimento de uma doutrina de direitos individuais, mas a absoluta submissão do indivíduo à coletividade não vingava mais, logo o direito privado romano e o reconhecimento de direitos civis como o casamento, o testamento e outros começavam a prevalecer.

Já no constitucionalismo medieval, que durou do século V até o século XV, é nesse momento da história das Constituições que surgem e se expandem as ideias do jusnaturalismo, colocando o direito natural como norma superior, e naquela sociedade se qualquer ato fosse contra o naturalismo, onde as leis preexistem aos próprios homens, seriam declarados nulos. Foi nessa época que surgiu um grande movimento em busca da limitação do poder, onde surge, segundo Bulos (2012, p. 70), “o advento da *magna charta libertatum*, de 15 de junho de 1215, outorgada na Inglaterra, pelo Rei João, filho de Henrique II, sucessor de Ricardo Coração de Leão, que se tornaria mais tarde o legendário *João Sem Terra*”. Essa carta foi o instrumento que antecedeu as declarações de direitos fundamentais, pela definição de Bulos (2012, p. 70), “É que a

magna charta foi o reflexo das necessidades sociais do seu tempo, abrindo precedentes que se incorporariam, em definitivo, às Constituições vindouras”. Foi tão significativa na influência de futuras Constituições, pois nela continha: o direito de petição, o instituto do júri, o *habeas corpus*, o devido processo legal, a liberdade de religião etc. Além dela, existiram outros documentos de suma importância que visavam à garantia dos direitos fundamentais, como o Estatuto ou a Nova Constituição de Merton, de 1236; *Petition of Right*, de 1628; *Habeas Corpus*, de 1679; *Bill of Rights*, de 1689; *Act of Settlement*, de 1701. Alguns desses documentos eram pactos escritos firmados os acordos de vontade, além desses existiam na época os forais e os contratos de colonização. Os forais se diferenciavam dos pactos, pois autorizavam que os súditos participassem no governo local, e os contratos de colonização relatavam em seu conteúdo o mútuo consenso dos povos puritanos da época e fluíram muito bem na América do Norte.

Ainda se reportando a essa época, vale lembrar que foi nesse momento histórico que passaram a existir documentos escritos, que funcionavam como Constituições não escritas, que serviam para garantir as liberdades públicas.

Para Sarmiento, (2012, p. 90), “já a Idade Média, que se inicia com a queda do Império Romano, correspondeu a um período caracterizado pelo amplo pluralismo político”. O autor quer dizer que nenhuma instituição detinha o poder, ele era fragmentado pela igreja, pelos reis, os senhores feudais, as cidades, o Imperador, o poder era um pouco de todas estas instituições, mas não existia a distribuição de competências entre eles.

Agora será abordado o constitucionalismo moderno, que perdurou dos séculos XV ao XVIII. Nesse período, inauguram-se as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 14 de setembro de 1787, e a da França, em 3 de setembro de 1791. Esse período revela a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual, surgiu como forma de superação do estado Absolutista.

Para Canotilho, (2003, p. 52), “O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna”. Logo significa dizer que a comunidade política através de um documento escrito ordena as suas ideias racionais declarando as suas liberdades e direitos e fixa os seus limites do poder de política. Para o autor consegue-se captar as dimensões fundamentais que o conceito incorpora através da: ordenação jurídico-política, declaração, organização do poder político.

Segundo Bulos (2012, p. 71), “A Carta Americana de 1787 nasceu em substituição aos *Articles of Confederation*, instituindo o federalismo, a rígida separação dos poderes e o presidencialismo”.

Sobre a contribuição americana ao constitucionalismo, antes mesmo de 1787, dos colonizadores das treze colônias americanas, onze deles já tinham a ideia de fixar princípios e normas em uma constituição escrita. As origens do constitucionalismo norte-americano antecedem a sua Constituição, pelo fato da colonização deles ter sido feita basicamente por imigrantes europeus que fugiam das perseguições religiosas, as idéias de limitação de poder dos governantes e de proteção das minorias, sempre prevaleciam e ficaram enraizadas. A Constituição dele tem mais de 220 anos e apenas sete artigos e já sofreu 27 emendas, lembrando que é muito difícil alterar formalmente esta Constituição, mas algumas novas interpretações podem ser feitas a fim acatar as demandas e novos valores que surgiram com o tempo.

“A Constituição Francesa de 1791 foi a primeira carta escrita da França e de toda a Europa” (BULOS 2012, p. 72).

O marco inicial do constitucionalismo moderno francês foi a revolução francesa, que representou um rompimento com o passado, onde os revolucionários lutavam por um Estado sobre o ideal iluminista de igualdade, liberdade e fraternidade. Para Sarmiento, (2012.p.96), o constitucionalismo francês “pode romper com o passado e dirigir o futuro da nação, inspirando-se em valores universais centrados no indivíduo”.

A França teve 13 Constituições, foram: 1791, 1793, 1795, 1799, 1804, 1814, 1830, 1848, 1852, 1875, 1946 e 1958 (que vigora até hoje), isto demonstra que a sua história política passou por mudanças e parece que a cada mudança surgia uma nova Constituição.

Nesse momento histórico, vale lembrar que existia o neopositivismo ou como também era chamado “fase do pós-positivismo”, que seria o direito positivo normatizado exageradamente. Logo, para Bulos (2012, p. 73): “O constitucionalismo moderno, portanto, representou o estágio da reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade(...)”.

Esse momento foi onde os princípios que já existiam, mesmo que implícitos ou expressos, de várias gerações, passaram a ser escritos nas constituições. Eles foram reconhecidos normativamente e o constitucionalismo moderno deixou grandes contribuições. Como as constituições passaram a ser escritas, os textos constitucionais ficaram determinados pelo poder constituinte originário, a partir desse

momento surgem as constituições rígidas e as cláusulas pétreas normatizadas, surgem as ideias de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a separação dos poderes, a tutela reforçada dos direitos e garantias fundamentais e o reconhecimento dos princípios do direito. Para Canotilho, (2003, p. 54), “a constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas idéias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”.

Hoje, o momento é do constitucionalismo contemporâneo, englobando o neoconstitucionalismo, que é o mesmo contemporâneo, e o transconstitucionalismo, que seria um constitucionalismo de níveis múltiplos. O constitucionalismo contemporâneo é criticado pela sua amplitude e por conter princípios, programas e promessas a serem cumpridas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, quando deveriam ser disciplinados pela própria Constituição.

Para finalizar este capítulo, pode-se falar em um constitucionalismo do futuro, onde sua ideia surge da esperança de dias melhores, onde nas constituições possa haver mais veracidade, solidariedade, continuidade, participatividade, integracionalidade e universalidade.

Uma das discussões que não podem deixar de ser considerada neste trabalho e que é discutida pelo autor Moller, (2011, p.137) é o fato de existir para alguns autores, controversas entre o constitucionalismo e a democracia, entendendo que de um lado existe o temor dos constitucionalistas de que os ordenamentos jurídicos constitucionalizados sejam contaminados por um excesso de democratização e do outro lado o receio de que o constitucionalismo restrinja demasiadamente o âmbito das disposições democráticas. Logo existe esta discussão que deve se levar em consideração, pensando que talvez o motivo pelo qual o povo não possa realmente exercer o seu poder democrático com relação as cláusulas pétreas seja o medo que os constitucionalistas tiveram ao pensar a Constituição, para que a democracia exagerada não possa interferir nela.

No próximo tópico será feito um estudo das Constituições brasileiras a fim de se chegar a alguma conclusão sobre o constitucionalismo no Brasil.

1.3 O Percurso das Constituições Brasileiras

As Constituições percorrem o período de 1824 a 1988. Durante esse período, o Brasil passou por grandes mudanças e transformações que refletiram na concepção de Estado.

No Constitucionalismo brasileiro, apenas quatro Constituições foram democráticas, as de 1891, 1934, 1946 e 1988, as outras partiram de atos ilegítimos como as de 1824, 1937, 1967 e 1967, com a reforma da emenda nº. 1/69.

Desde 1822 quando o Brasil foi considerado independente, surgiram as primeiras experiências como nação livre à luz do constitucionalismo, este que se opunha ao absolutismo. O clima era de uma verdadeira revolução de vitória, onde a partir de então seriam garantidos os direitos individuais, a separação dos poderes, logo seria um “sistema político de liberdades”.

Em 25 de março de 1824 surge no Brasil “O Diploma Constitucional do Império” (BULOS, 2012. p. 488). A Constituição de 1824 instituiu a forma unitária de Estado, o território brasileiro foi dividido em províncias, a religião católica foi decretada como oficial no território brasileiro, mas assegurava a prática de cultos domésticos e particulares por outras religiões que não poderiam edificar templos, manifestou a existência de quatro poderes, seriam eles: legislativo, moderador, judiciário e executivo. Nessa mesma Carta consagrou-se o sufrágio censitário. Para Bulos (2012, p. 490) “O sustentáculo da Carta de 1824, na realidade, foi o binômio monarquia x escravidão”. Essa Constituição foi a que mais perdurou de todas, durando cerca de sessenta e cinco anos.

Já a Constituição de 1891 foi promulgada em 24 de fevereiro do mesmo ano, adotando a forma republicana de governo e consagrou a técnica do federalismo dualista, separando rigidamente as competências entre a União e os Estados-membros. Transformou as províncias em Estados Federados e considerou como Distrito Federal o município do Rio de Janeiro. Sofreu forte influência do modelo de Montesquieu, adotando a teoria do tripartite, onde existiriam os poderes: legislativo, executivo e judiciário. Nessa mesma Constituição o *habeas corpus* foi previsto expressamente e houve uma separação entre a Igreja e o Estado. Percebe-se nitidamente o enfraquecimento da Igreja nesse período.

A Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho, surge com muitas mudanças, e a principal é a preocupação com as questões sociais, mas para muitos autores esse momento não passou de uma suposta revolução. Com tudo isso,

consagrou em seu texto passagens relevantes para a sociedade, como: a implantação da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral e o voto secreto, garantiu às mulheres o direito de voto, constitucionalizou os direitos sociais, criou o mandato de segurança e a ação popular, implantou o modelo cooperativo de federalismo, institucionalizou o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos dentre outros.

Em 10 de novembro de 1937 foi instituída a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, conhecida por alguns de “polaca”. Criou-se com essa Carta uma espécie de federalismo nominal, ou seja, o Brasil desvirtuou-se da forma federalista que tinha antes, passando a ser um Estado Federal somente na forma. Tudo isso é um resumo do que foi a Constituição de 1937.

Em 18 de setembro de 1946, surge a Constituição de 1946, com a queda de Getúlio Vargas, onde surge a redemocratização e a reconstitucionalização do Brasil. Foi uma Constituição ampla e difícil de ser cumprida, mas tinha um importante papel na sociedade, que era de desenvolver um papel democrático; sofreu vinte emendas, quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares. Esta constituição desenvolveu um papel de muita importância que foi restaurar o regime democrático. Em 24 de janeiro de 1967 foi promulgada uma outra Constituição chamada de Constituição do Brasil, em busca de uma norma que fosse uniforme e harmônica com os ideais da Revolução. Após dois anos e nove meses da Constituição de 67, foi imposta por uma junta militar a Emenda nº. 1/69 à Constituição de 1967, precisamente em 17 de outubro de 1969, para muitos considerada uma nova e autêntica Constituição. Para Bulos, a emenda não é considerada como uma nova Constituição.

Logo, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil convocada através da emenda constitucional nº. 26, de 27 de novembro de 1985, que tinha por objetivo a criação da sétima Constituição brasileira. Essa Constituição para o Deputado Ulisses Guimarães, na época Presidente da Assembleia Nacional, era uma Constituição Coragem ou Constituição Cidadã. Na verdade era uma resposta a tantos anos vivendo em uma ditadura; a sociedade e o povo não queriam mais, e a democracia era a opção para tentar cumprir os anseios da população. O grande objetivo desta Constituição era implantar a democracia.

A Constituição de 1988 vem sempre sofrendo alterações em seu texto originário, nunca antes uma constituição sofreu tantas modificações, mas ainda é a mais democrática de todas as Constituições.

No próximo tópico será abordado um pouco sobre as Cláusulas de imutabilidade nas Constituições brasileiras e como elas podem ser democráticas ou não.

2. A ORIGEM DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O capítulo abaixo faz referências às cláusulas de imutabilidade no Brasil e todo o seu percurso nas Constituições brasileiras. Também conhecidas como garantias de eternidade, cláusulas permanentes, cláusulas absolutas, cláusulas intangíveis, cláusulas irreformáveis, cláusulas imodificáveis, dentre outras.

Demonstra que mesmo estando implícitas em algumas Constituições, elas existiam, e com o passar dos anos foram tornando-se expressas ou explícitas nas Constituições brasileiras.

Uma das razões para a existência das Cláusulas Pétreas na CF de 1988 é que a sociedade brasileira despertava de um período em que seus direitos fundamentais mais básicos foram postergados, suspensos, em nome de um regime ditatorial, pautado pela intolerância e pelo desrespeito aos valores democráticos. Após esse período, a sociedade, representada pela assembleia nacional constituinte, cuidou de registrar no texto constitucional, ora confeccionado, alguns valores básicos e inelimináveis, tentando se resguardar, através das cláusulas de imutabilidades, pois temendo um novo golpe, sentiam-se inseguros em relação à possibilidade da ingerência do poder executivo nos outros poderes. Segundo BONAVIDES (2000, p. 173): “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 (...)”.

A crença em alguns valores básicos e universais era tamanha que se pensava que esses valores poderiam valer para todos e em todos os tempos, independente da contingência e das vicissitudes humanas. Dentro desse paradigma de pensamento segundo o qual há valores básicos inalienáveis e eternos, qualquer proposta de mudança seria rechaçada, inclusive com a pena de morte. Nos dias atuais, contemporâneos às cláusulas pétreas acabam se tornando algo ultrapassado, visto a imensa necessidade de mudança do contexto atual da sociedade brasileira.

Alguns países, como a Inglaterra, são exemplos clássicos de Constituição flexível, não necessitando de poder de reforma e muito menos cláusulas pétreas, vivem sem nenhum problema por falta desse atributo. Mas nesse tipo de democracia,

a sociedade é firme e vive em consenso social, em países como o Brasil, onde existem embates entre os mais fortes e os fracos e há resquícios de tradições autoritárias, torna-se muito mais difícil garantir uma sociedade democrática. Disponível em <http://www.meujus.com.br/revista/texto/13311> Acesso em: 01/08/2012.

2.1 As Cláusulas de Imutabilidade nas Constituições Brasileiras

As Cláusulas Pétreas são limitações materiais, ou seja, segundo Bulos, (2012, p.411) “vedações expressas que visam impedir reformas constitucionais contrárias à substância da Constituição”, ao poder de reforma, são garantias da eternidade de alguns valores. A rigidez constitucional serve como um instrumento de limitação do Poder Legislativo, uma vez que dificulta as alterações no texto constitucional. No entanto, tal limitação não resultou totalmente eficaz. Por essa razão, criou-se na Constituição brasileira um conjunto de normas que nem mesmo o legislador poderia modificar, nem mesmo com emendas constitucionais, daí criando-se o que se convencionou chamar de cláusulas pétreas (MARMELSTEIN, 2008, p. 261-2). Segundo Gilmar Mendes (2009, p. 253): “O significado último das Cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição”.

No Brasil, após a independência em 1822, surge, à luz do constitucionalismo clássico, a expectativa de uma Constituição liberal, fundada em pressupostos clássicos, e logo em 25 de março de 1824, o então imperador Dom Pedro I institui a primeira carta política, ou seja, a Constituição do Império do Brasil.

Na Carta Política brasileira de 1824, já se podia verificar a existência das Cláusulas Pétreas implicitamente, quando diz no seu Art. 4º, “A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I, actual Imperador e Defensor Perpétuo do Brazil”. (<http://www.planalto.gov.br/constituicao>. Acesso em: 15 out. 2011). Fica claro que é uma cláusula pétrea, visto que Dom Pedro seria o Imperador Perpétuo. No Art. 99, “A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada: Elle não está sujeito à responsabilidade alguma”. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_ Acesso em: 15 out. 2011). Logo, o Príncipe regente seria inatingível, pois não teria responsabilidade alguma por seus atos. No Art. 116, “O Senhor D. Pedro I, por Unânime Acclamação dos Povos, actual Imperador Constittucional, e Defensor Perpétuo, Imperará sempre no Brazil”. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03. Acesso em: 15 out. 2011). Observa-se que ele seria o defensor perpétuo e eternamente o Imperador do Brasil, não podendo existir a

possibilidade de outro em seu lugar. Portanto, o reinado de Dom Pedro Primeiro pode ser considerado uma Cláusula Pétrea da Constituição de 1824.

Cansados da Monarquia, sobreveio a República e a Constituição de 1891. Nela, pela primeira vez, as Cláusulas Pétreas estavam explícitas, como reza o art. 90 § 4º:

A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados. § 4º – Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03) Acesso em: 15 out. 2011.

Dessa forma, fica explícito que é proibido abolir as formas republicana e federativa dos estados e a igualdade de representação dos estados no Senado.

Algo parecido ocorreu na Constituição de 1934, art. 178, § 5º:

A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1º a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário. § 5º – Não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.

Já a Constituição de 1937 não possui referência às cláusulas pétreas, e as Constituições posteriores de 1946, 1967 e 1969 mantiveram quase as mesmas redações com relação à proibição de projetos que pudessem abolir as formas federativa ou republicana de estado.

As cláusulas de imutabilidade estão previstas explicitamente na Constituição brasileira de 1988, através do seu art. 60, § 4º:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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.

Sobre as Cláusulas Pétreas da Constituição de 1988, cabe comentar alguns pontos como, no parágrafo 4º, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”; com relação à expressão tendente a abolir, passa a ideia de que o Congresso Nacional não poderá de forma alguma, nem que implicitamente abrigar tendências que possibilitem a discussão de matérias intocáveis. Já a expressão abolir

é o mesmo que anular, suprimir, revogar. O inciso “I – a forma federativa de estado”. Comenta Bulos, 2012. p. 412, “desde a Carta de 1891 que esse limite material ao poder reformador vem consagrado em nossas Constituições. Apenas o texto de 1937 deixou de prevê-lo”. O inciso “II – o voto direto, secreto, universal e periódico”. Diz Bulos, 2012. p. 413, “esse limite material é uma novidade da Carta de 1988. Sua preocupação foi impedir reformas constitucionais em assuntos relacionados, direta ou indiretamente, com a participação popular”. O inciso III – “a separação dos poderes”. Foi um pioneirismo, fala Bulos, 2012, p. 413, “A Constituição de 1988 foi o primeiro texto supremo brasileiro a incluir o princípio da separação dos poderes entre as cláusulas pétreas”. O inciso IV – “os direitos e garantias individuais”. É preciso esclarecer que, BULOS, não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais, econômicos, os difusos, coletivos e individuais homogêneos não poderão ser objetos de emendas tendentes a aboli-los.

Nota-se que as cláusulas de imutabilidade, na Constituição Federal de 1988, foram consideravelmente maiores, ou seja, teve mais amplitude que nos anos anteriores, visto que agora não apenas garantem a forma federativa do estado, como também protege o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e, alargando-se ainda mais, protege os direitos e garantias individuais.

2.2 A Democracia e as Cláusulas Pétreas Brasileiras

Em março de 1985, os civis brasileiros voltaram a exercer o poder no Brasil, depois de uma longa ditadura militar. O retorno do governo civil é um dos marcos da redemocratização do país, seguido pela promulgação de uma nova Constituição, em 1988, e da eleição direta para a presidência da República, em 1989.

De acordo com Silva (2006, p. 125-126): “(...) A democracia não é um mero conceito político abstrato, estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história”.

No Brasil, a democracia é representativa, sistema segundo o qual o povo, através do sufrágio universal, elege seus representantes, para que eles lutem pelos seus direitos. Democracia representativa é o ato de um grupo ou pessoa ser eleito, normalmente por votação, para “representar” um povo ou uma população, isto é, para agir, falar e decidir em “nome do povo”. Os “representantes do povo” se agrupam em instituições chamadas Parlamento, Congresso ou Assembleia da República.

A democracia caminha separadamente das cláusulas de imutabilidade, ela está presente no dia a dia do povo brasileiro, como a Constituição Federal de 1988 já diz, quando preceitua que “todo o poder emana do povo” garante que o poder é democrático:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Parágrafo único. Todo **o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O poder emana do povo, o fato de a sociedade não poder opinar com relação às cláusulas pétreas, vai de encontro ao próprio conceito de democracia, gerando um contrassenso, pois, se na democracia o povo é a base do poder, em tese não poderia haver nada, nenhuma lei que ele não pudesse alterar. Afinal, o povo é a razão de ser da democracia, não se concebe ele não ter ingerência sobre as leis que irão reger seu modo de ser em sociedade. Esse tipo de estratégia só torna a população mais descrente na política, receosa, podendo gerar crises e revoltas.

Como diz BONAVIDES (2000, p. 173):

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

De acordo com o autor, as Cláusulas Pétreas ferem o poder de mudança e reforma que devem ocorrer com as transformações do mundo atual, pois a cada dia novas leis surgem, novas teorias; como poderá existir algo tão importante e imutável em um país democrático e mutável como o nosso?

Deve-se pensar na possibilidade de se realizar referendos ou plebiscito que possibilitem aos cidadãos brasileiros opinarem sobre as cláusulas de imutabilidade? A partir das visões positivas e negativas pode-se pensar melhor a questão e quem sabe chegar a uma conclusão.

3 OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS CLÁUSULAS DE IMUTABILIDADE

Visando garantir a existência das cláusulas de imutabilidade, percebendo-as do ponto de vista positivo, o constitucionalista Gilmar Mendes defende que elas garantem a preservação do núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos.

Diz Gilmar Mendes (2009, p. 252):

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela.

Segundo Gilmar Mendes, (2009, p. 251-252), “Em torno das cláusulas pétreas aglutinam-se três correntes doutrinárias. Primeiro, há os que disputam a sua legitimidade e eficácia jurídica; segundo, há os que admitem a restrição, mas têm como relativa, sustentando que ela pode ser removida pela dupla revisão; e por último, os que aceitam a limitação material e a têm como imprescindível e incontornável. Sob o ponto de vista positivo, as Cláusulas Pétreas representam segurança jurídica e a certeza de que os direitos fundamentais serão garantidos a todos”.

De acordo ainda com Gilmar Mendes (2009, p.1079): “Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade”.

Logo, a existência das cláusulas de imutabilidade, vistas dessa forma, se justificariam à medida que garantem a integridade da Constituição Federal, que visa principalmente assegurar a implementação de um estado democrático de direito.

Do ponto de vista negativo, a sobreposição de um poder sobre o outro não encontra justificativa, pois tanto o poder originário e o de reforma são exercidos por representantes do mesmo povo, logo, um não deve estar subordinado a outro, afinal como preleciona Gilmar Mendes (2009, p. 250): “O que justifica que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro, em virtude de um novo consenso criado em torno do assunto petrificado? Logo, parte-se da ideia de que o poder constituinte originário é a expressão da vontade do povo e que as limitações que este impõe destinam-se a limitar a vontade dos representantes do povo”.

Um dos grandes aspectos negativos das imutabilidades é a impossibilidade do povo exercer a sua vontade, como já citado por Paulo Bonavides, é inadmissível a existência de tais cláusulas, visto que a todo momento o mundo se transforma e passa por constantes mudanças. Portanto, como se legitimam a existência de direitos imutáveis, uma vez que os direitos são construções históricas, que valem para uma determinada comunidade? Como querer que tais valores hoje tidos assim, perpetuem-se além da história?

As limitações ao poder de reforma impedem as mudanças e evoluções desejadas pelas gerações futuras. Logo, as alterações só serão possíveis com a promulgação de uma nova Constituição, o que pode acarretar em um processo revolucionário armado ou não. Por isso, a decisão de tornar imodificável uma norma constitucional tem que ser pensada, pois equivale a congelar no tempo aquele tema enquanto durar a norma.

Em contrapartida, diz Bulos, 2012. p. 416:

A Constituição é um meio e nunca um fim em si mesma. Não podemos alimentar a ilusão de que a força operante das normas constitucionais pode *evoluir* a conjuntura social. A situação é outra: os preceitos constitucionais servem para *ordenar* a realidade circundante a depender da interpretação que se lhe atribua. Todavia, não são modificações formais, inoportunas e inviáveis, com promessas teóricas de fácil equacionamento, que trarão uma suposta 'felicidade nacional'.

Com toda a explanação, fica a dúvida: Poderiam as Cláusulas Pétreas ser reformuladas? Se a resposta for positiva, a corrente doutrinária seguida seria a da dupla revisão, como já disse Mendes, que existem os adeptos a essa corrente. Nessa visão teórica, os limites materiais poderiam ser modificados pelo legislador reformador. Essa tese entende que é apenas proibido abolir e não alterar. Um adepto no Brasil dessa teoria é, segundo Bulos: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que acredita que elas podem ser alteradas, pois não seriam intangíveis. A respeito dessa discussão, posiciona-se Bulos, 2012. p. 416:

Por esse raciocínio, as cláusulas do art. 60 § 4º, poderiam ser reformuladas, sob o argumento de que lograriam uma imodificabilidade apenas relativa, afinal viriam de uma reforma constitucional, obra do poder constituinte derivado, podendo sofrer alteração a qualquer tempo.

Para o autor, as Cláusulas Pétreas são intangíveis, imprescindíveis e insuperáveis, e entende que no momento que se admite a tese da dupla revisão se

está enfraquecendo profundamente o que ele chama de documento supremo, ou seja, a Constituição Federal, como afirma Bulos, 2012. p. 417: “Não resta dúvida: o processo de dupla revisão consigna claro alijamento às normas que prescrevem a imodificabilidade de outras normas”.

Logo, fica a discussão, e do ponto de vista democrático essas alterações seriam válidas ou não? Onde entraria a democracia nessa problemática?

3.1 As Cláusulas Pétreas se Legitimam do Ponto de Vista Democrático?

A legitimidade das Cláusulas Pétreas do ponto de vista democrático é bem questionável, visto que a democracia se define, segundo Da Silva (2007, p. 47): “A forma como o povo participa do poder dá origem aos três tipos conhecidos de democracia, qualificada como direta, indireta ou representativa e semidireta”.

A democracia direta é aquela em que o povo exerce os poderes do governo, ou seja, faz leis, administra e julga. A democracia indireta é aquela em que o povo outorga o seu poder aos seus representantes, que ele elege periodicamente. A democracia semidireta é a democracia representativa com algumas participações do povo nas funções do governo. Diz Da Silva (2007, p. 47) “é, de fato, no regime de democracia representativa que se desenvolvem a cidadania e as questões da representatividade, que tendem a fortalecer-se no regime de democracia participativa”.

O autor Canotilho, fala de algumas teorias da democracia, são elas: a teoria democrático-pluralista; a elitista da democracia; da democracia do ordo-liberalimos, fala também das teorias normativas da democracia, que são: teoria liberal, concepção republicana, democracia deliberativa, democracia discursiva e corporativa, ele fala um pouco sobre a concepção minimalista de democracia.

Com relação á definição da teoria democrático-pluralista, surgiu nos Estados Unidos, com a pretensão de uma autocompreensão das democracias ocidentais, para Canotilho, (p.1409), o seu teorema fundamental é: “o processo de formação da vontade democrática não assenta nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstracto da teoria liberal, mas sim em grupos definidos através da freqüência de interações sociais”, ou seja, o pluralismo consiste na idéia de uma teoria dos grupos que seria ao mesmo tempo empírica e normativa. Através do empirismo poderia captar a realidade social e política das democracias, onde todas as decisões seriam conduzidas pelos grupos sociais e a normativa seria um pluralismo com idéias dirigentes, para o autor estas teorias pluralistas

pressuporiam um sistema político aberto, que permitiriam a todos os grupos a chance de influenciar nas decisões políticas.

Já a teoria elitista da democracia, aceita que a democracia é uma forma de domínio e distingui-se das outras democracias pelo fato de se verificar nela uma concorrência para o exercício do poder, para Canotilho, (p.1411) existem vários elementos que caracterizam esta teoria, são eles:

(1) na escolha das políticas alternativas, as camadas não-elitistas não participam activamente, podendo apenas apoiar ou rejeitar o programa das elites; (2) a limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccionismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria; (3) as elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também os interesses das não-elites; (4) a reserva da às elites é uma defesa contra o *working-class authoritarianism*, pois só as elites, em virtude de um intensivo processo de socialização (cultura política), garantem o processo liberal e democrático.

A teoria da democracia do ordo-liberalismo, seria a Constituição da liberdade, do neoliberalismo onde a liberdade econômica e a propriedade privada são irrenunciáveis, assenta-se em uma economia livre de mercado, seria uma ordem livre e democrática que não se fundamenta na soberania do povo, como tanto queriam os constitucionalistas. Ela chega ao extremo de dar as opções: poder ou mercado, Canotilho, (p.1423).

Com relação as teorias normativas da democracia, tem-se a liberal que diz que a política é o meio para se chegar no fim, sendo este radicado em uma esfera de liberdade social, que existe antes mesmo da política, diz também que o processo democrático tem a função de colocar o estado a serviço da sociedade e relata que a política deve valorizar os interesse privados em um aparelho administrativo que tem por fim a coletividade, Canotilho, (p.1424).

A concepção da teoria republicana acredita que a democracia é uma forma de auto-organização política da comunidade e que é através da política que se forma a vontade democrática de um povo. Se difere das demais pois para esta teoria o estatuto de cidadão não se define através de um modelo de liberdade negativa, mas sim através do estatuto de direitos cívicos concebido como liberdades positivas (Canotilho, 2003,p.1416).

Nesta mesma linha de raciocínio fala-se na democracia discursiva, esta não se compõe em direitos universais do homem e sim em forma de argumentar, institucionalização de processos, logo ela se torna bem diferente da visão do

republicanismo liberal, já a democracia corporatista pretende demonstrar uma democracia em que o próprio governo deixa de ser autoritário e unilateral, por um modelo negociador entre associações empresariais e sindicatos. Para Canotilho “a negociação corporativa devolverá a centralidade política aos cidadãos e à sociedade civil, ficando para o Estado o papel de mediador ou de árbitro entre grupos de interesses econômicos”

A concepção minimalista de democracia ou também chamada de democracia mínima, seria uma série de estudos para se definir o que pode ser um estado democrático ou uma sociedade democrática. Para esta teoria a democracia se diferencia de todas as formas de governo autocráticos, pois define quem toma as decisões coletivas e por qual meio de processo as decisões serão tomadas.

Para Canotilho, (2003.p.1418), as colocações abaixo são requisitos mínimos em um estado de direito democrático:

(a) Participação de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; (b) regra da maioria para a tomada de decisões coletivas e vinculantes; (c) existência de alternativas reais e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; (d) garantia de direitos e liberdades e participação política.

Logo, deve-se pensar em todas estas teorias até se chegar a uma definição do que se pode entender por democracia.

Para Goyard-Fabre (2003, p. 02):

De acordo com sua etimologia, a Democracia efetivamente designa, tanto hoje como ontem, um modo de governo no qual o povo exerce seu poder, e o exerce de forma direta, ela adota diversas figuras expressas pelos inúmeros adjetivos que a qualificam: é geralmente dita “representativa” (o povo age por meio de seus representantes); fala-se também de democracia “governada” (o povo é soberano, mas delega seus poderes), ou “governante” (caso em que o papel dos partidos é fundamental), ou até “consenciente” (caso em que o povo é passivo)... Declaram-na “liberal” ou “socialista”, e até “popular” ou ainda “plural”.

Segundo ainda Da Silva (2007, p. 46-47), a essência da democracia não se altera, contudo, pois está no fato do poder residir no povo. O conceito de democracia consiste na existência de um vínculo profundo entre povo e poder.

Ele define, assim, a democracia;

A democracia é regime de garantia geral da realização dos direitos fundamentais do homem, que se fundamenta em dois princípios primários: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder (o poder emana do povo); b) a participação do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular. Nos casos em que essa participação é indireta, surge um princípio secundário: o da representação.

Se seguirmos o princípio segundo o qual sem democracia não há direitos nem Estado legítimos, logo os órgãos judiciários e suas intervenções só se legitimam quando não pretendem substituir as tomadas democráticas de decisão (Bigonha e Moreira, 2010, p. 1). O que se começa a ser discutido é o fato de que a democracia brasileira é falha ao ponto de que o Poder Judiciário legisla e tira da Assembleia Constituinte a sua força de representantes do povo. Para (Bigonha e Moreira, 2010, p. 2), “É esta abertura do Direito à sociedade civil que precisa ser restabelecida, pois o direito só é legítimo na medida em que se abre à soberania popular. É isto que torna um Estado de Direito um Estado Democrático”.

Para Bigonha e Moreira (2009, p. VII):

Os modernos Estados constitucionais do Ocidente pretendem exprimir sua suposta legitimidade por meio da fórmula “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”. (Com essa fórmula, estariam respondidas as duas perguntas que marcam a atuação estatal: porque o poder do Estado decorre do povo, a ele caberia: I) prescrever e ordenar condutas por meio de seus diversos órgãos, e II) restringir e enquadrar os comportamentos desviantes, utilizando o aparato coativo constituído para tornar o monopólio da força expressão última de sua soberania. Essa formulação garante ao Estado a legitimidade necessária para estruturar as suas teias prescritivas e, ao mesmo tempo, tornar suas normas efetivas.

Logo, se o poder que emana da associação dos sujeitos de direito, o povo, apenas ele teria legitimidade para definir o que seriam Cláusulas Pétreas ou não.

Com todo o exposto e todas as definições de democracia, demonstra-se que as Cláusulas Pétreas não são tão democráticas quanto parecem, ou melhor, elas não encontram legitimidade no processo democrático, uma vez que o povo, do qual o poder emana e que confere legitimidade à Assembleia Constituinte, não pode ser sobreposto por uma determinação legal, que são as cláusulas de imutabilidade. Assim, não se pode justificar algo ser criado por um representante do povo, mesmo que em Assembleia Constituinte, e este mesmo povo se tornar refém dessas normas criadas, não podendo alterá-las, nem por meio de plebiscito ou referendo, que são hoje a maneira de maior participação popular no processo de justificação da ordem constitucional. Pelo menos isso deveria ser almejado. No próximo tópico deste

trabalho será levado em consideração o procedimento teórico pelo qual as Cláusulas Pétreas deveriam se justificar.

3.2 As Cláusulas Pétreas se Justificam Teoricamente? Há Racionalidade em seu Procedimento?

As cláusulas de imutabilidade criadas para dar sustentabilidade ao que se considerou irrenunciável para uma sociedade moderna, pautada no sistema democrático de direito, não se legitimam teoricamente, uma vez que elas não são postas de maneira argumentativa, não se faz uma mediação com os sujeitos de direito que, pelo viés da linguagem, refletem sobre seus pressupostos últimos e inelimináveis, os quais mostrarão quais são os valores e direitos fundamentais em uma sociedade como a nossa.

Ora, é ideal permanente da civilização ocidental, desde os gregos, legitimar o seu discurso e sua prática. É assim que surge a filosofia na Grécia, seja do ponto de vista teórico ou prático: quando a sociedade grega passou por uma grande crise, passa-se do discurso mítico ao filosófico, pois se sentiu necessidade de justificar, legitimar suas crenças, seus costumes, seu modo de viver em sociedade. De agora em diante, temos que justificar nosso modo de pensar, de agir, de viver em sociedade. Tudo agora passa pelo crivo da razão, do discurso racional.

Esse ideal grego perpassou toda a história ocidental e se consagrou como um ideal a ser seguido: o de justificar o discurso, seja ele científico, jusfilosófico ou religioso. De qualquer modo, pode-se resumir esse ideal de legitimação entre duas correntes filosóficas concorrentes entre si: racionalismo e empirismo.

Deixando de lado suas nuances e diferenças específicas, pode-se dizer que ambas as correntes filosóficas buscam o ideal grego do discurso fundamentado em bases sólidas, legitimado em última instância a ponto de não se poder duvidar dele porque tido como certo, verdadeiro, seguro. Desse modo, somente os enunciados devidamente fundamentados podem ter direito a um reconhecimento geral.

Para Albert (p. 22, 1976), esse modo de procedimento, seja pelo viés do racionalismo, seja do empirismo, embora apareçam como modelos de discurso racional totalmente diferentes entre si, chegam às mesmas conclusões, embora que por caminhos diferentes. Isso porque, segundo o autor citado, ambas as correntes de pensamento almejam chegar a um saber seguro, infalível. O empirismo vai chegar a tal saber definitivo pautado pelo mais nobre experimento científico; o racionalismo

chegará ao mesmo saber tido como fundamentado em última instância, só que pelo mais puro exercício da razão, sem referência à experiência. Em ambos os casos, chega-se a uma verdade segura, indubitável, ora pelo exercício da pura razão, com recursos da lógica, ora pelo recurso à experiência. De qualquer modo, ambas as tentativas não conseguem levar a cabo o que prometem, qual seja: o de fornecer bases sólidas para o nosso conhecimento.

Ora, segundo Albert (1976, p. 26.), quando se pretende dar uma fundamentação última para o nosso conhecimento ou a nossa ação ou quando se pretende justificar nosso modo de conhecer e de ser, cai-se numa das três alternativas seguintes: primeiro, ou cai-se em um regresso infinito, que parece resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos, mas que na prática não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura; segundo, ou cai-se em um círculo lógico na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação, e o qual, por ser logicamente falho, conduz do mesmo modo a nenhuma base segura ou, em terceiro e por fim, em uma interrupção do procedimento em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente, uma interrupção dogmática do procedimento de prova.

Desse modo, o nosso conhecimento é estruturado em cima de conjecturas e não em cima de certezas e verdades inabaláveis. É assim que se estrutura nosso modelo ocidental de conhecimento, coroadado com o aparecimento das ciências modernas.

Do exposto, percebe-se claramente que o modo como se justificam as Cláusulas Pétreas, no ordenamento jurídico brasileiro, é presa fácil daquilo que Hans Albert denominou “trilema de Münchhausen”, na sua terceira vertente. Ora, as Cláusulas Pétreas emergem na Carta Magna como salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, os quais não podem ser objeto de discussão para se proceder a sua justificativa, e diz-se que é assim porque a Constituição ou o constituinte ou o STF disseram que era assim. Revela-se assim uma posição totalmente dogmática, arbitrária para fazer frente a um tema tão delicado e importante para salvaguardar coisas essenciais na vida coletiva de um povo, para salvaguardar direitos humanos e fundamentais sem os quais uma sociedade não seria política, no sentido grego, em que o bem coletivo é a razão de ser de uma comunidade política.

Assim sendo, se se quer levar os direitos humanos a sério e postulá-los como algo ineliminável para uma sociedade política e democrática, deve-se levar a sério a advertência de Dworkin (2010), segundo a qual só podemos hoje levar os direitos humanos a sério se formos capazes de pensá-los a partir das objeções e das críticas das diversas correntes filosóficas de nosso tempo, e a partir delas construir uma teoria do direito preocupada e gestada no seio das grandes objeções feitas pelo mundo contemporâneo aos direitos e garantias fundamentais. Essas objeções são salutares na medida em que despertam o direito de uma postura dogmática e o deixa imbuído de uma postura crítica³.

Para Ferraz Jr. (2003, p. 288), o problema da legitimidade dos sistemas normativos é um dos mais intrincados da literatura jusfilosófica. Trata-se de saber se a possibilidade de uma justificação última, seja ela qual for, é viável em termos de racionalidade ou se, ao contrário, a questão extrapola esse limite, sendo o problema da legitimidade um problema irresolúvel nos quadros do discurso racional.

Segundo FERRAZ JR.(2003, p. 288)

Quando falamos em fundamentos, estamos pensando nos quadros de uma pragmática linguística, em justificações do discurso normativo, tema que decorre imediatamente do caráter racional do discurso. Ou seja, partimos do pressuposto de que o discurso racional seja um discurso submetido ao dever de prova. É dentro desses limites que a questão se propõe.

Ora, para Alexy (2010, p. 115), uma forma de fundamentar os direitos humanos, livrando-os da acusação de dogmatismo, seria aquela que faz uso de uma fundamentação pragmática do discurso. Nessa maneira de fundamentação, presente já na *Metafísica* de Aristóteles e que no século XX foi retomada por Karl-Otto Apel, explicita-se os pressupostos presentes em todo ato discursivo ou ato de fala, e as pessoas envolvidas nesse discurso tem seus valores e suas pretensões de verdade levadas em consideração. O consenso sobre algo só se alcança após análise do discurso em que os envolvidos são agentes ativos e os valores ou verdades estabelecidas só são estabelecidos após alcançados um consenso fático, em que as condições ideais do discurso são antecipadas em comunidade real. Aqui valores são estabelecidos pelos envolvidos no discurso.

³ Sobre as críticas aos direitos humanos no mundo contemporâneo, Cf.: OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Ética, Direito e Democracia**. São Paulo: Paulus, 2010, p. 231 ss.

CONCLUSÃO

Esse trabalho percorreu toda a história do constitucionalismo e sua evolução histórica, desde os primórdios até o presente momento.

Fez-se uma análise detalhada das Constituições brasileiras e das Cláusulas Pétreas, analisando a sua existência em quase todas as Constituições brasileiras mesmo que implícitas. Observou-se qual seria a verdadeira necessidade de sua existência, adotando a ideia de que valores universais poderiam ultrapassar as barreiras do tempo, no entanto, essa ideia mostrou-se contrária aos valores construídos pelo homem que, como toda construção, é histórica, contingente e passível de erro, portanto, um conceito que ao longo do texto mostrou-se insustentável.

No percurso da pesquisa realizada, percebe-se claramente que muitos autores são a favor das cláusulas de imutabilidade e que outros as repudiam, entendendo que a nossa democracia já existe há mais de vinte anos e que, em uma democracia, não se admitem regras impostas por alguns, mesmo que constituinte. Noutras palavras, deveria o povo, o verdadeiro detentor desse poder, decidir se haveria ou não essas cláusulas e se positivas fossem as respostas, deveria o mesmo povo, através de referendo ou plebiscito, postular o que seria considerado Cláusula Pétrea.

Pensando nisso, passa-se a discutir o que realmente seria uma democracia e quais os aspectos positivos e negativos das cláusulas de imutabilidade. Para Bulos, um dos autores estudados, existem tanto aspectos positivos como negativos, visto que seriam positivos pela sua intangibilidade, e o fato de não poderem sofrer emendas ou revisões e que os efeitos negativos viriam pelo simples fato de serem imutáveis, o que pode gerar um mal-estar em uma democracia, haja vista as grandes transformações, inclusive culturais, por que passam as sociedades contemporâneas.

Já para Mendes, o ponto positivo é que é garantido a todas as pessoas o acesso a direitos e garantias básicas, mas em contrapartida, tal modo de proceder não se legitima, pois limita a vontade de seus representantes legais, que é o “povo brasileiro”. Para Bonavides, é inadmissível a existência dessas cláusulas em uma sociedade volátil e heterodoxa, pois não se admite que em um mundo no qual um dos traços característicos é a mutabilidade, sejam postuladas normas que sejam imutáveis.

Em cima dessas visões emerge a discussão central do trabalho, qual seja, a de saber se as Cláusulas Pétreas se legitimam teórica e democraticamente.

Com essa pergunta, a primeira resposta que surge é a dos autores Bigonha e Moreira, que dizem que o direito só é legítimo se houver soberania popular. Eles acreditam que é isso que torna um Estado de direito em um verdadeiro Estado democrático. Logo, chega-se à conclusão de que para a existência, permanência e legitimidade dessas cláusulas de imutabilidade, faz-se necessário uma indispensável manifestação da vontade do povo, através de vários remédios de consulta popular, já previstos na nossa legislação, pois, do contrário, tal empreitada não encontrará respaldo nem soberania popular, uma vez que tais valores são estranhos ao povo, na medida em que deles não participaram, regra basilar da democracia.

Na última parte, chega-se ao segundo ponto central, ao perguntar-se pela legitimidade teórica das Cláusulas Pétreas. Ora, em uma democracia, um dos valores básicos é legitimar o que se pretende, portanto, uma postura refratária a todo e qualquer tipo de dogmatismo. Pergunta-se pela legitimidade, pela fundamentação das cláusulas de imutabilidade, se há racionalidade no modo como elas são postas, principalmente, no texto constitucional de 1988. A única resposta possível já é bastante conhecida da cultura ocidental: pôr algo, instituir valores, mesmo que para salvar alguém, sem prévia discussão, sem problematização, furtando-se ao diálogo, furtando-se à justificação daquilo que se pretende, logra ser presa fácil daquela postura teórica denominada de dogmatismo. Tal postura caracteriza-se pela simples interrupção do diálogo, pela suspensão arbitrária da justificação, numa palavra, pela imposição do argumento de autoridade, seja religioso, acadêmico, econômico, de modo que aquilo que é o diferenciador de uma cultura da razão, que desde os gregos se caracteriza pela valorização do melhor argumento, é alijado em favor de um autoritarismo, digno dos regimes mais totalitários, ditatoriais.

Resta, portanto, dizer que o modo como as Cláusulas Pétreas foram concretizadas no texto constitucional vigente, são portadoras de um duplo *déficit*: teórico e democrático. E não resolve o problema pressupor que o povo é ingênuo e que precisa de um guardião, sob o argumento de que poderiam padecer dos mesmos erros que já afligiram a humanidade em diversas épocas e culturas. Nossa cultura se caracteriza pela valorização e engrandecimento da razão, seja desde os gregos, seja na versão moderna do Iluminismo, cuja característica básica é sempre a valorização da argumentação como único meio para se aceitar algo. É, para falar com Kant, tirar o homem da menoridade, e elevá-lo ao patamar de ser senhor de si mesmo, a ser autônomo, ou seja, a ser lei para si mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Tradução de Idalina A. da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1976.

ANDREWS, Christina W. *Emancipação e legitimidade: uma introdução à obra de Jürgen Habermas*. São Paulo: Ed. Unifesp, 2011.

ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Alexy, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Organizador-tradutor: Luís Afonso Heck. 3ª ED revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer, palavras e ação*. Tradução e apresentação à edição brasileira de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BIGONHA, Antônio C. Alpino, MOREIRA, Luiz. Introdução – A Questão Democrática. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino, MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Tradução de Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

BIGONHA, Antônio C. Alpino, MOREIRA, Luiz. Apresentação – Direito e Democracia. In: ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Tradução de Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões Jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. e 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000 e 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4ª ED, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Legitimidade Pragmática dos Sistemas Normativos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MORERIA, Luiz (org.) *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é a Democracia*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Habermas, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade: organização e introdução de Patrick Savidan*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 3ª ED. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013

Habermas, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo. Edições Loyola, 2004..

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética, Direito e Democracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Constitucionalismo: Trajetória Histórica e Dilemas Contemporâneos*. In: Leite, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos Sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

<http://www.planalto.gov.br/constituicao>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Reflexões acerca da legitimidade das cláusulas pétreas*. Disponível em: <http://www.meujus.com.br/revista/texto/13311>. Acesso em: 01 ago. 2012, p. 2.