

A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras

Cláudia de Góes Nogueira

Sumário

1. Introdução; 2. Poder Constituinte Originário e Derivado; 3. Limites do Poder Constituinte Derivado; 3.1 Limitações procedimentais; 3.2 Limitações temporais; 3.3 Limitações circunstanciais; 3.4 Limitações materiais implícitas 3.5 Limitações materiais explícitas: as cláusulas pétreas; 4. Cláusulas Pétreas x Democracia; 5. Cláusulas Pétreas x Gerações Futuras; 6. Cláusulas Pétreas x Transformações da Economia; 7. A idéia de um Poder Constituinte Evolutivo; 8. Conclusão.

1. Introdução

Com apenas 15 anos, a Carta Magna brasileira já tem 42 emendas e, hoje, é um enorme retalho à espera de novos remendos.

Qual é o prazo de validade de uma Constituição? O que garante sua duração e sua efetividade? Até onde é possível reformar um texto constitucional sem uma ruptura formal com os critérios e procedimentos que ele mesmo estabelece ao definir os limites materiais de revisão de suas regras e princípios? Como se pode preservá-la do desgaste do tempo, permitindo sua adequação a contextos políticos, sociais e econômicos distintos dos que lhes deram a origem?

Essas questões, que foram muito discutidas após o advento das extensas e prolixas constituições pós-autoritárias dos anos 70, foram reinseridas no debate público pelos presidentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral

Cláudia de Góes Nogueira é Graduada em Ciência da Computação pela UnB, especialista em Direito Legislativo, Chefe de gabinete da 2ª Vice-Presidência do Senado Federal.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA.

(TST), quando invocaram a Constituição de 1988 e as garantias previstas por ela para justificar sua resistência à Reforma Previdenciária encaminhada ao Congresso Nacional pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A idéia de limitações materiais ao poder constituinte derivado, e, sobretudo, a subordinação deste ao princípio constitucional de irretroatividade das leis, desde o seu surgimento no mundo jurídico, tem provocado grandes polêmicas na doutrina e na jurisprudência, não só no Brasil, mas também em diversos outros países, como Portugal, por exemplo.

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

Para o deputado Michel Temer (PMDB/SP), a grande mudança constitucional é a mais difícil de ser feita. “A grande emenda será a emenda do enxugamento. Não é possível que a Constituição continue a tratar de questões que deveriam estar na legislação ordinária”, avalia. Ele calcula que, se nada for feito, dentro de cinco anos a Constituição terá pelo menos 100 emendas. “A continuar do jeito que está, todo presidente que for eleito terá na mudança constitucional a sua principal proposta de governo”, prevê o deputado.

Se depender da vontade de deputados e senadores, a Constituição terá muito mais do que 100 emendas. Tramitam na Câmara nada menos do que 743 propostas de emenda constitucional sobre os temas mais diversos. No Senado, há outras 264 emendas. Portanto, só o Congresso Nacional discute hoje cerca de mil propostas de mudança na Constituição.

A política do governo federal, empenhada na constante realização de reformas constitucionais, tem suscitado permanente dis-

cussão a respeito da dimensão jurídica dos instrumentos de alteração da Constituição, em especial a emenda constitucional. O alcance desta, seus limites e a possibilidade de incidência sobre situações jurídicas com garantia de imutabilidade têm sido fonte de constante polêmica.

O presente estudo não pretende esgotar os questionamentos acerca do tema, até porque, dada a complexidade e extensão da matéria, não se poderia fazê-lo apenas num artigo. Pretende apenas colocar o problema, expor as opiniões a respeito e posicionar-se da forma como entende que deva ser tratado.

Trata-se, na verdade, de estudo sobre as possibilidades de reforma constitucional. Propõe-se de forma concisa e facilmente assimilável, refletir sobre o tema. Analisar-se-á sucintamente o que são os poderes constituintes originário e derivado, quais são os limites existentes a esses poderes e os novos contextos mundiais que estariam forçando uma revisão desses limites.

2. Poder Constituinte Originário e Derivado

A Constituição é a lei fundamental, suprema e soberana de um Estado. É a Carta política e jurídica que o rege. Estabelece as normas que regulam a estruturação do Estado, os poderes de que dispõe e os que outorga, suas competências e as que distribui, bem como, suas limitações e as limitações impostas aos governados. É o arcabouço jurídico, sobre o qual baseia-se o Estado para realizar as atividades que lhe são inerentes. Portanto, não é apenas estatuto referente à atuação do Estado, mas também, por meio das limitações que infringe a este e aos seus súditos, garantia das liberdades e dos direitos de seus cidadãos.

Para que uma Constituição seja legítima, faz-se necessário o assentimento do povo ao ordenamento constitucional que lhe é apresentado. Entretanto, a fim de que se estabeleça e seja respeitada, ela deve transmi-

tir um mínimo de segurança jurídica a seus comandados. Uma Constituição estável, difícil de ser modificada, garante a segurança que o cidadão espera do Poder Público.

O poder constituinte originário é o que estabelece uma ordem constitucional. É um poder inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado. Ele é inicial porque não existe nada acima dele, nem de fato, nem de direito, nenhum outro poder. É nele que se exprime, por excelência, a vontade do soberano, a vontade da Nação. Portanto, o poder constituinte originário é geralmente revolucionário e sempre dá origem a uma nova constituição. Representa uma ruptura entre uma antiga e uma nova ordem constitucional. É o fundamento de todo ordenamento jurídico. Não precisa respeitar limite algum imposto pelo direito anterior. Aliás, inexistem limitações jurídicas ao seu exercício. Não se encontra vinculado a nenhum procedimento prefixado para manifestar sua vontade, modernamente, entende-se que seja o povo o seu titular, exercendo-o por meio de representantes.

A concepção de um poder constituinte distinto dos poderes constituídos e superior a eles surge, pela primeira vez, no pensamento político francês da época revolucionária, e, particularmente, nas lições do abade Sieyès. É este que vai desenvolver o conceito de Nação como povo com unidade política, com capacidade de criar e com consciência de sua singularidade política e vontade de existência política:

“A Nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série de leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são

chamadas de fundamentais não no sentido de que se podem tornar independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. Deste modo todas as partes do governo dependem em última análise da Nação” (Sieyès 1988, p. 117/118).

A Nação é, assim, o sujeito do poder constituinte originário. Ao contrário do governo, que não pode senão pertencer ao direito positivo, a Nação é uma realidade de direito natural. Sua formação, sendo natural, não pode estar submetida a nenhuma constituição. É ela, ao contrário, que estabelece e muda as constituições, sem estar sujeita a nenhuma regra anterior. Daí a anterioridade do poder constituinte originário a todos os poderes estabelecidos e a superioridade de suas decisões.

Para Carl Schmitt (1992, p. 59), “o caráter incondicionado do poder constituinte originário não se detém nem diante de sua própria criatura, a Constituição; ele segue existindo na Nação, sempre latente, não subordinando nunca sua existência política a uma formulação definitiva”.

Nos conceitos acima, se estabelece a diferença primordial entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos. Os poderes constituídos não existem senão dentro do Estado; são inseparáveis de uma ordem estatutária pré-estabelecida. O poder constituinte originário, ao contrário, se situa fora do Estado; ele existe sem o Estado.

A extensão de seus poderes, como já dito, é incondicionada: o poder constituinte originário se caracteriza por uma liberdade total. Juridicamente, essa independência se expressa na idéia de que ele é um poder com competência total que nenhuma regra anterior, nem de fundo, nem de forma, pode sujeitá-lo e que sendo a origem de todo ordenamento jurídico ele pode ab-rogar ou modificar qualquer regra. A obra do poder constituinte originário, a Constituição, não é condicionada assim de nenhuma maneira por qualquer regra suprapositiva superior a ela.

O poder constituinte derivado advém do poder constituinte originário, que o insere no ordenamento jurídico prevendo a possibilidade evidente de se precisar adequá-lo. Decorre, pois, de uma regra jurídica contida na própria constituição, que lhe confere autenticidade e lhe impõe limitações implícitas e explícitas. Ou seja, o poder constituinte derivado, ao contrário do poder constituinte originário, é, em sua essência mesmo, um poder limitado. É um poder de direito, regrado e limitado pelas normas constitucionais. Embora seja vontade política ainda em sentido amplo, já está condicionado por uma ordem jurídica. Tem a prerrogativa de alterar a ordem constitucional vigente, segundo os limites e procedimentos por ela previamente estabelecidos. Dessa forma, o poder revisor, sendo um poder constituído, não poderia afastar-se do espectro que lhe foi imposto pelo poder constituinte originário.

3. Limites do Poder Constituinte Derivado

Antes de entrar nos limites propriamente ditos, são oportunas algumas considerações sobre os instrumentos de reforma constitucional.

Reforma constitucional é o gênero do qual revisão e emenda são espécies. A revisão constitucional é um instrumento de reforma utilizado para modificações mais amplas, que abrangem um conteúdo mais extenso. Já a emenda constitucional é utili-

zada para alterações menores, de âmbito mais restrito. São distintas tanto material (distinção no conteúdo) quanto formalmente (distinção na forma como são editadas).

A atual constituição brasileira consagrou ambas as espécies de reforma. Porém, com uma restrição quanto à revisão constitucional.

A revisão, via extraordinária e transitória, tem sua eventual aplicação quando realizada a tarefa para a qual foi designada. A Constituição Federal de 1988 limitou a ação revisional a uma única vez, a ocorrer cinco anos após sua promulgação. Encontra-se estabelecida nos arts 2º e 3º do ADCT da nossa Constituição.

A emenda é a via permanente de reforma constitucional. Trata-se do instrumento de que dispõe a Constituição para adequar-se às mudanças pelas quais passa a sociedade, mas sempre procurando deixar intocado o sistema fundamental de valores da Constituição. É produzida segundo a forma e dentro dos limites previamente estabelecidos constitucionalmente, como será visto a seguir.

3.1. Limitações procedimentais

A grande maioria das Constituições estabelece regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para modificação de seu texto por via institucional. A Constituição brasileira de 1988 aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo ainda: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa (art. 60, I, II, III e § 2º).

3.2. Limitações temporais

A doutrina reconhece também a existência de limitações temporais que consistem na estipulação de um prazo mínimo após o início da vigência da Constituição para que ela possa ser objeto de reforma. Essa limitação visa protegê-la contra algumas tendências vencidas na fase constituinte, bem como

assegurar a permanência e a tradição das novas instituições criadas, a fim de que a ordem posta possa consolidar-se.

3.3. *Limitações circunstanciais*

As limitações circunstanciais ao poder constituinte derivado são aquelas restrições ao momento da reforma constitucional em razão de algumas circunstâncias especiais, presentes no Estado quando da tramitação do processo de reforma ou revisão. A Constituição brasileira fixa limitações circunstanciais ao prever que ela não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º). Isso porque as medidas que podem ser tomadas durante o estado de sítio ou de qualquer outra situação de emergência importam em calar a opinião pública ou limitar outros direitos individuais, pressupostos básicos de qualquer regime democrático - daí a inconveniência de mudanças constitucionais enquanto perdurar a suspensão de preceitos da Lei Maior.

Assim, pretende-se evitar alteração constitucional na ocorrência de certas situações históricas, anormais e excepcionais, caracterizando crise tal no País, que se presume não estarem independentes os órgãos incumbidos da reforma. Trata-se de uma forma de garantir que as liberdades constitucionais não serão ameaçadas, por não ser livre a manifestação do órgão reformador. São limitações permanentes, possuindo eficácia sempre que se configurar a situação ameaçadora.

3.4. *Limitações materiais implícitas*

Limitações materiais implícitas são aquelas limitações decorrentes do sentido e do espírito do texto constitucional. Configuram as decisões constitucionais fundamentais, que não podem ser alteradas pelo poder de reforma constitucional. Trata-se de matérias concernentes à essência da Constituição, ao seu conteúdo ideológico, às finalidades básicas a que se propõe, e que, caso alteradas, constituiriam flagrante desrespeito ao

Estado Democrático de Direito. No que se refere à Constituição brasileira, essa distinção perdeu um certo sentido prático com a ampliação das limitações materiais explícitas, que são as cláusulas pétreas. Mas ainda subsiste uma limitação implícita relevante: o poder constituinte derivado não pode alterar as regras relativas ao processo de edição da própria emenda.

3.5. *Limitações materiais explícitas: as cláusulas pétreas*

Conforme estabelecido acima, ao lado das limitações formais (art. 60, I, II e III e §§ 2º, 3º e 5º) das limitações temporais e das limitações circunstanciais (art. 60, § 1º), existem limitações de ordem material ao Poder Constituinte Reformador, estas últimas dispostas no § 4º do art. 60 da Constituição - são as chamadas Cláusulas Pétreas.

O adjetivo *pétrea* vem de pedra, significando “petroso” e, no sentido figurativo, “duro como pedra”, “insensível”. Tem-se, pois, que, constitucionalmente falando, cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal. Assim, cláusulas pétreas são cláusulas de irreformabilidade total ou parcial da Constituição, em defesa da perenidade da obra do legislador constitucional. São limites fixados ao conteúdo ou substância de uma reforma constitucional e que operam como verdadeiras limitações ao exercício do Poder constituinte derivado.

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

Têm efeito positivo, pois não podem ser alteradas através do processo de revisão ou emenda, sendo intangíveis, logrando incidência imediata. Possuem, noutro prisma, efeito negativo pela sua força paralisante, absoluta e imediata, vedando qualquer lei que pretenda contrariá-las.

A denominação de “cláusulas pétreas” não é das melhores, porque ela enseja, pelo menos, um sentido pejorativo: a petrificação. Petrificar uma Constituição jurídica ou parte dela representa o absurdo do imobilismo. Além disso, questionamos se uma geração tem o direito de comprometer as gerações futuras com a imutabilidade.

Mais grave, ainda, tem sido a interpretação literal e etimológica da palavra “pétrea”, como se resolvesse - de maneira simplória - vinculá-la à rigidez da matéria dos cristais, à sua dureza como uma pedra. A sabedoria popular explica que mesmo pedra dura pode ser furada pela água mole (água mole em pedra dura, tanto bate até que fura).

As Constituições modernas consagraram o princípio doutrinário da limitação material do poder de revisão. Assim, expressamente o adotam a Constituição francesa de 1958 (art. 89, al. 5); a Constituição italiana de 1947 (art. 139); A Lei Fundamental da República Alemã de 1949 (art. 79, al. 3); a Constituição da Venezuela de 1961 (art. 3º); Constituição da República portuguesa de 1976 (art. 290); Constituição brasileira de 1988 (art. 60, § 4º).

É de se lembrar que na Constituição Federal de 1988 houve a manutenção de um núcleo inalterável já existente no texto anterior. Hospedou-se não só uma das cláusulas pétreas da constituição anterior (a referente à Federação) como alargou-se consideravelmente o elenco das normas imodificáveis (parte dos juristas entendendo que entre elas estaria também a própria República, hospedada na imodificabilidade da separação dos poderes e no sufrágio universal para escolha dos governantes). Esse núcleo foi consideravelmente distendido, atribuindo-se tal extensão a fatores históricos, ideológicos e também à influência decisiva de três grandes constitucionalistas portugueses, que visitaram o país durante os trabalhos constituintes, trazendo a experiência do processo constituinte português, a saber: J.J. Canotilho, Jorge Miranda e Marcelo Rebelo de Souza. (MARTINS, 1997, p. 110)

O princípio norteador do estabelecimento de cláusulas pétreas na Constituição é a idéia de que não pode haver um aniquilamento da obra constitucional por parte do poder de reforma. Uma reforma constitucional não poderia jamais ser neutra em relação aos valores da Constituição. Ela deveria, ao contrário, ser parcial no sentido de garantir e proteger a Constituição que a previu. Uma Constituição não poderia fornecer um método legal para abolição de sua própria legalidade, e muito menos, um meio legítimo de destruição de sua própria legitimidade.

As cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988 estão disciplinadas no art. 60, § 4º, que dispõe:

“Art. 60 -

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

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

4. Cláusulas Pétreas x Democracia

Na aparência, as distinções e os limites abordados acima parecem claros. Na prática, porém, eles encerram pelo menos dois problemas. Um deles é político e está associado à compatibilidade da rigidez constitucional, expressa sob a forma das cláusulas pétreas, com a própria essência da democracia.

Aceitar as cláusulas pétreas significa aceitar que o Poder Constituinte Reformador terá que respeitar aquelas diretrizes traçadas pelo Poder Constituinte Originário, instituindo-se uma generalizada *ditadura constitucional*. Assim, o velho autoritarismo governativo se transformaria numa forma ainda mais perversa: a de um *autoritarismo normativo*, na expressão de Miguel Reale. (NETO, 1999, p. 08)

Em termos políticos, uma constituição representa sempre um limite decisório à vontade popular. Para que determinadas liberdades sejam consagração, ela impõe determinadas restrições. Ou seja: cria direitos e obrigações. Assim, promulgar uma Constituição significa limitar a liberdade da maioria em cada momento histórico.

No âmbito político, destarte, o problema é saber até que ponto as normas constitucionais referentes aos limites materiais de revisão não se traduzem em prejuízo do princípio da regra de maioria que caracteriza a democracia. Surgem então as seguintes questões: em que medida um poder constituinte originário pode impor ad eternitates uma vontade democrática para o futuro? A limitação na liberdade de revisão prevista por uma cláusula pétrea por vezes não se revelaria uma medida antidemocrática, restringindo o campo de ação de maiorias parlamentares legitimamente escolhidas em cada eleição?

A importância de mecanismos institucionais de controle das maiorias parece estar diretamente relacionada com os níveis de submissão voluntária de cada sociedade aos valores da tolerância e da democracia. Em muitos sistemas as regras de sociabilidade ou o consenso são tão fortes, que dispensam instituições artificiais voltadas a restringir a vontade da maioria. Porém, para países onde os confrontos entre maiorias e minorias são muito intensos ou com fortes tradições autoritárias, como é o caso do Brasil, a rigidez constitucional parece essencial para preservar direitos e garantir a regra democrática.

Nesses países de constituições rígidas, cabe ao Judiciário, ou a uma Corte Constitucional em particular, contrastar os atos do parlamento face à Constituição. Em caso de conflito, prevalece a norma constitucional. Assim, o único remédio para derrubar a decisão judicial que declarou inconstitucional uma decisão parlamentar é emendar a Constituição. Para o que é necessário um quorum diferenciado, variando o grau de dificuldade de país a país. Quanto mais difícil

for alterar a Constituição, mais constitucionais e menos majoritários serão esses regimes. Estabelece-se assim um jogo de poder difícil de equilibrar.

A Constituição brasileira, embora exija apenas três quintos dos parlamentares para que seja alterada, impôs limitações quase intransponíveis ao Congresso Nacional, por intermédio das cláusulas pétreas. Como visto, quanto à federação, à separação de poderes, ao voto direto, secreto e universal e aos direitos e garantias individuais, não é autorizado sequer propor emenda tendente a aboli-los. Ao impor essas limitações às gerações futuras o constituinte demonstrou a sua mais absoluta desconfiança no sistema político que estava sendo produzido.

Assim, além de ter que se defrontar com o Supremo Tribunal Federal cada vez que um dos seus atos é declarado inconstitucional, o que tem ocorrido com certa frequência, o Congresso percebe agora que em algumas circunstâncias não terá como reagir. Em face desta situação as perguntas inevitáveis são: o que justifica, dentro de uma perspectiva democrática, que o passado possa bloquear o futuro, por intermédio das cláusulas pétreas? E mais, em que medida a função de custodiar as gerações futuras deve ser entregue a um órgão, sem legitimidade democrática, como o Supremo Tribunal Federal?

Este é um tema muito polêmico, porque dele depende, de um ângulo, a necessidade, ou o desejo referente à estabilidade e à segurança jurídica, à garantia (utópica) de permanência de um ordenamento jurídico, necessidade essa vinculada à idéia ancestral de que as leis devem ser eternas, e por outro ângulo, aparentemente inconciliável, a idéia de representatividade popular e de legitimidade democrática das decisões fundadoras do Estado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal está se transformando em uma constituinte permanente, sem que tenha qualquer legitimidade para isso. Afinal, suprema deve ser a Constituição. Os Poderes Constituídos

devem ser independentes e harmônicos, exatamente para que se evite a tirania, segundo as idéias definitivamente sistematizadas por Montesquieu. Somente o povo é titular do poder constituinte.

Resta, evidenciada aqui, a permanente contradição entre o poder constituinte originário, que outorga ao povo o direito de alterar a Constituição, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais (Cf., sobre o assunto, MIRANDA, vol. II, págs. 151 ss.).

5. *Cláusulas Pétreas x Gerações Futuras*

O outro problema trazido pelas cláusulas pétreas e decorrente do anterior é de natureza ética e tem implicações para as gerações vindouras. E ele se expressa sob a forma de um paradoxo. Do ponto de vista do poder constituinte originário, a maioria que elabora, aprova e promulga uma Constituição propõe um corte jurídico com o passado, ao mesmo tempo em que se arvora o direito de poder vincular o futuro. Porém, apesar de democrática no momento de sua promulgação, pergunta-se: uma constituição pode, por intermédio de cláusulas pétreas, bloquear a capacidade de autodeterminação jurídica das gerações futuras?

A existência e vigência das cláusulas pétreas constitui obstáculo à livre manifestação da soberania popular. É de ser mais uma vez indagado, desde quando ou baseada em quais princípios jusfilosóficos foi deferida a uma geração constituinte condicionar as preferências políticas das gerações posteriores; com frequência gerações de muitas décadas depois. Tal providência, instituindo cláusulas imutáveis numa Constituição que pretende disciplinar a vida de uma sociedade pelas décadas ou séculos seguintes, se afigura como um “abuso de poder constituinte”. Não podendo, portanto, prevalecer em face do Direito.

Na medida em que as cláusulas pétreas engessam o pensamento político das gera-

ções que se lhes seguem, pela sua imutabilidade e imodificabilidade, e considerando que tais gerações poderão num determinado momento futuro não mais se conformar aos valores expressos em cláusulas pétreas estabelecidas por gerações anteriores, isso conduz à ruptura constitucional, ou seja, tais cláusulas só poderão ser extintas, modificadas ou substituídas através de uma nova Constituição. Logo, conceitualmente, se propõem à ruptura, as cláusulas pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional!

Conforme menciona Celso Ribeiro Bastos (Bastos, 1998, p. 81), o argentino Vanossi está entre os juristas que repudiam as cláusulas pétreas, por entendê-las “inúteis e até contraproducentes”. Vanossi elenca uma série de argumentos contrários às mesmas, a saber:

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

Menciona, ainda, como contrário à existência de cláusulas pétreas, o jurista Bisciretti, com o seguinte argumento:

“Admite-se que um Estado pode decidir sua própria extinção: ‘não se compreende porque o Estado não poderia, então, modificar igualmente em forma substancial seu próprio ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente’”.

Das trinta e seis mais antigas democracias hoje existentes, apenas quatro, Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Islândia, dispensam uma Constituição rígida, que estabeleça limites às decisões tomadas pela maioria parlamentar. Nessas democracias majoritárias o legislativo tudo pode, não havendo qualquer espaço para que os tribunais bloqueiem a vontade da maioria dos parlamentares.

No Brasil, segundo Yves Gandra (MARTINS, 1997, p. 111)

“ao pretender imutáveis determinadas cláusulas, normas, princípios ou ideologias, o constituinte impõe sua inalterabilidade, não permitindo que os poderes constituídos, que poderão se tornar poderes constituintes derivados, venham, quanto àquelas cláusulas, a exercer seu poder legiferante”.

Ao assim agirem, todavia, esquecem que a história da raça humana muda em velocidade crescente e as conjunturas tendem a se modificar com celeridade cada vez maior, exigindo novos refreamentos, impondo novos desafios que não podem ficar amarrados por legisladores sem visão antecipatória. O certo é que o predomínio das correntes ideológicas de esquerda, de um lado, e o receio de um retorno a um Estado menos democrático, de outro, levou o constituinte brasileiro a alargar a imodificabilidade da Constituição, muito além do exemplo português que o inspirou, e muito além do que seria ideal para que uma Constituição pudesse estar sempre adaptada ou viesse a ser adaptável às circunstâncias históricas.

6. Cláusulas Pétreas x Transformações da Economia

Quando a Constituição brasileira foi feita, em 1988, o mundo estava dividido entre os blocos capitalista e comunista. “Com a queda dos fatores ideológicos, o campo da disputa mudou-se para o comercial”, explica Bernardo Cabral, relator da Constituinte.

Vive-se atualmente uma época marcada por concentração de renda e desigualdades no acesso a benefícios públicos, no plano social, e pela concentração do poder empresarial e independência global dos mercados financeiros, no plano econômico. Nesse contexto, que papel uma Constituição deve exercer?

Não é difícil ver como o potencial de eficácia de Constituições extensas e programáticas, como a constituição brasileira de 1988, vem diminuindo, à luz da intensificação dos fluxos econômicos transnacionais e da desterritorialização das novas formas de produção. Ao exigir formas e procedimentos jurídicos mais flexíveis, a integração dos mercados e a formação de blocos comerciais reduziram o alcance dos poderes legislativo, administrativo e judicial, antes considerados exclusivos dos Estados, e diluíram a soberania nacional numa rede de foros internacionais e organismos multilaterais. Com isso, as regras daí advindas passaram a coexistir com as normas constitucionais, competindo entre si em diferentes âmbitos de validade material, espacial e temporal e obrigando os governos a rever seus ordenamentos jurídicos, para harmonizá-las.

Na dinâmica desse processo, fortemente determinado pelas relações de poder interestatais assimétricas que caracterizam a integração econômica mundial, o papel da Constituição como “lei das leis” perdeu sentido. À medida que a exclusividade do Direito foi posta em xeque e mercados globalizados e organismos multilaterais passam a criar as normas de que necessitam, a Constituição está numa encruzilhada. Como ignorar processos econômicos e políticos que transcendem os limites do território por ela coberto, mas comprometem a aplicabilidade e a eficácia de suas normas?

A partir daí, as Constituições têm sido submetidas a reformas ainda mais amplas, com o expurgo de normas rígidas, a relativização dos limites materiais de revisão e o uso de regras mais abertas, ficando sua interpretação condicionada pelas circunstân-

cias do momento, a partir dos interesses em conflito e da capacidade de negociação de cada geração.

Na verdade, as constituições analíticas duram pouco. Quando não modificadas pelo próprio povo ou pelos governantes, através dos processos nela previstos ou por rupturas institucionais, ou não são aplicadas (como ocorre com a constituição brasileira, como é o caso do dispositivo que estabelece o salário mínimo, por exemplo) ou são readaptadas pelo poder criador da jurisprudência, que, devendo apenas captar a interpretação correta das normas postas, muitas vezes modifica-as para adaptá-las às conjunturas imprevistas pelos legisladores anteriores (cf. MARTINS, 1997, p. 112)

O excesso de rigidez da ordem constitucional, ao negar ao governo liberdade para gestão de pessoal, preservaria “direitos mal adquiridos” por corporações estatais, comprometendo a austeridade fiscal e desestabilizando a moeda. Daí a necessidade de reforma constitucional.

A globalização, com conseqüente internacionalização da oferta de crédito e aumento da volatilidade dos capitais, levou os mercados a substituírem a política como instância de regulação social. Assim, a exclusividade das estruturas jurídicas do Estado foi posta em xeque, as margens de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais foram reduzidas e as políticas monetárias independentes foram esvaziadas. Em princípio, qualquer governo poderia recusar-se a vincular suas decisões aos imperativos dos mercados globalizados, para preservar a independência na definição de sua agenda política. Porém, isso levaria a um isolamento financeiro, tecnológico e comercial, em face da crescente mobilidade dos fatores de produção, dos riscos de fuga em massa de capitais e das dificuldades de acesso a fontes de crédito.

Diante disso, os governos aprenderam que ou assumiam os compromissos fiscais e monetários pedidos pelos mercados, promovendo reformas estruturais para garan-

tir crédito, ou as incertezas decorrentes de suas dificuldades de ação em matéria de austeridade fiscal e estabilidade monetária introduziriam novos fatores de risco nos negócios, aumentando os *spreads* bancários e desestimulando investimentos de longo prazo. Foi isso que os levou a reformar sua infra-estrutura legal, formulando ambiciosos projetos de desconstitucionalização (aqui entendida como o processo de transferência da matéria para a legislação infra-constitucional) para revogar vinculações orçamentárias, anular cláusulas pétreas, suprimir direitos adquiridos e, desta forma, assegurar a confiança dos mercados.

No caso do Brasil, pode-se citar o exemplo ocorrido com a instituição do IPMF. Numa primeira abordagem a Suprema Corte entendeu que a emenda constitucional que criara o IPMF feria cláusula pétrea, sendo, portanto, inconstitucional. Entretanto, quando o governo demonstrou que sem aquele tributo não fecharia o orçamento de 1994, com risco inclusive de não pagar os servidores públicos, o Superior Tribunal Federal reinterpretou a emenda considerando-a constitucional em segundo julgamento.

O problema aqui é o das contradições que envolvem a segurança do direito. Afinal, os mercados que apóiam as estratégias de desconstitucionalização de alguns direitos são os mesmos que também reivindicam uma infra-estrutura legal que preserve o direito de propriedade, assegure o cumprimento de contratos, proteja investimentos externos e garanta o reconhecimento de patentes, pagamento de royalties, etc. E o argumento para justificar essa pretensão é o de que a insegurança do direito gera um ambiente adverso aos negócios e aumenta os custos das transações, como decorrência de seu impacto negativo no desempenho das empresas, na proteção legal dos créditos, na definição da propriedade material ou intelectual e na captação de investimentos de longo prazo, pondo em risco a qualidade das políticas macroeconômicas.

Do ponto de vista jurídico-formal talvez não haja solução passível de consenso para conciliar juristas e financistas, o que não deixa outra saída a não ser a negociação política. Só por meio dessa negociação, dentro de regras democráticas, é que se conseguirá neutralizar o tratamento contraditório que os mercados têm dado à segurança legal, enfrentar o problema dos direitos que foram adquiridos em outros períodos históricos e assegurar uma ordem jurídica que seja respeitada e eficaz.

Assim, o campo de realização das políticas públicas pode ser deslocado para o âmbito da legislação ordinária, cujos critérios de revisão são mais simples do que os de um texto constitucional. É esse processo que alguns autores chamam de “poder constituinte evolutivo”.

Privada assim de sua função unificadora, a Constituição perde o caráter de texto intocável, não conseguindo mais dotar suas normas de um significado concreto determinado *a priori*. Pelo contrário, no atual contexto de policentrismo decisório, esse significado agora só pode ser determinado *a posteriori*, em função das tensões e dilemas advindos da complexidade socioeconômica do mundo contemporâneo. Em outras palavras, no lugar do caráter fechado, unívoco e predeterminado das normas constitucionais e da idéia que o poder constituinte originário se extinguiria no ato unigênito de produção da Constituição está surgindo um direito constitucional novo, fundado sobre um conjunto de matérias normativas flexíveis, permitindo a adaptação do texto constitucional à conjuntura econômica.

7. A idéia de um Poder Constituinte Evolutivo

Como resolver as questões acima e escapar desse paradoxo, principalmente quando se trata de uma Constituição excessivamente marcada pela conjuntura de origem, como a brasileira? Uma saída polêmica, mas plausível, contrapõe a idéia do poder cons-

tituinte originário como ato unigênito e unimomentâneo à idéia de um poder constituinte evolutivo, apto a acompanhar a dinâmica da realidade socioeconômica sem subjugar as atuais gerações a determinações do passado.

Essa foi a experiência portuguesa, cuja Constituição de 1976, repleta de cláusulas pétreas, já sofreu quatro revisões. Como foi isso possível? A resposta é dada por Vital Moreira, o jurista que, como constituinte, tanto lutou para dar um caráter dirigente e ideologicamente comprometido ao texto constitucional de 1976, tendo sido, 21 anos depois, o responsável por sua quarta revisão. Por um lado, diz ele, passou-se a promover uma interpretação “afrouxada” das cláusulas pétreas, reduzindo-as mais à salvaguarda de princípios genéricos do que à garantia de direitos concretos assegurados por uma Constituição eminentemente conjuntural. Por outro, passou-se a admitir com maior flexibilidade a revisão dos próprios limites materiais de revisão, suavizando alguns dos limites originários, o que libertou para futuras revisões matérias que de outro modo não poderiam ser sequer alteradas.

O renomado Professor *Jorge Miranda*, catedrático da Universidade Católica de Portugal e da Universidade de Lisboa, já tem proposto uma revisão periódica das cláusulas pétreas na Constituição portuguesa, e em qualquer outra Constituição que as tenha. Com o que há que se concordar, integralmente: se é preciso dar um mínimo de estabilidade às Constituições, é igualmente preciso não condicionar o pensamento político das gerações que se seguem à feitura de uma Constituição; a revisão periódica seria um meio efetivo de manifestação de soberania popular, e uma homenagem à observância e reafirmação do princípio democrático.

Isso elimina a arrogância e a soberba de pensar que os constituintes sempre estão num momento singular da história e dispõem de legitimidade para disciplinar para todo o futuro as maiorias democráticas, sub-

traindo-lhes a liberdade pelo recurso às cláusulas pétreas.

Um debate preliminar envolve a possibilidade ou não de invocação do direito adquirido contra emendas constitucionais. Para uns, a proteção ao direito adquirido é uma garantia individual que se dirige tanto ao legislador ordinário quanto ao constituinte derivado. Nem mesmo por emenda constitucional poderia ser atingido um direito adquirido que ingressou regularmente no patrimônio jurídico de seu titular. Para outros, todavia, os Princípios da Supremacia e da Unidade da Constituição induziriam uma interpretação menos enrijecida, permitindo que uma emenda possa atingir o direito adquirido concreto das pessoas a fim de que o modelo constitucional sobre determinada matéria possa ter validade e eficácia. Ou seja, para que a evolução política, econômica e social de um povo possa refletir-se na ordem constitucional através da preservação do poder de reforma. Em suma, para que os interesses coletivos da Nação possam se impor.

Trata-se de conciliar os valores de perenidade do núcleo de princípios fundamentais da Constituição com a necessária adaptação à evolução da sociedade. Mais que isso, trata-se de abrir espaço para a revisão pela via da reforma, sob pena de tornar imperiosa a ruptura constitucional quando o hiato entre a Constituição e a nova realidade se tornar insustentável. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (in “Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil”, São Paulo, Celso Bastos Editora, 2000, p. 125 e 128):

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

O Deputado Maurício Rands, em seu relatório sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 40/2003, que trata da reforma da Previdência proposta pelo atual governo, aborda com muita propriedade a questão da rigidez constitucional. Diz o relatório:

“2.1. A tese do Direito Adquirido (...)

A relação do Poder e de seus dirigentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se em determinado momento histórico circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.”

Não podendo mais ser pensada como um centro do que tudo deriva por irradiação lógico-formal, alicerçado na soberania do Estado, a Constituição contemporânea é agora um centro para o qual algumas matérias fundamentais podem afluir; é antes um centro a alcançar do que um centro do qual se deve partir. Numa situação-limite, é um centro de convergência de valores em cujo âmbito só teriam caráter absoluto duas exigências: a) em termos substantivos, os direitos de cidadania e o pluralismo ideológico, protegidos por mecanismos capazes de preservar as liberdades públicas; b) em termos procedimentais, as garantias para que o jogo democrático seja travado dentro de regras precisas, mas despidas de prescrições extensivas.

A Constituição perde o caráter de texto intocável, não conseguindo mais dotar suas normas de um significado concreto determinado a priori. Pelo contrário, no atual contexto de policentrismo decisório, esse significado agora só pode ser determinado *a posteriori*, em função das tensões e dilemas

advindos da complexidade socioeconômica do mundo contemporâneo. Em outras palavras, no lugar do caráter fechado, unívoco e predeterminado das normas constitucionais e da idéia que o poder constituinte originário se extinguiria no ato unigênito de produção da Constituição está surgindo um direito constitucional novo, fundado sobre um conjunto de matérias normativas flexíveis, permitindo a adaptação do texto constitucional às novas conjunturas econômica, social e política.

Confrontadas, de um lado, com a necessidade política de serem alteradas e, de outro, com o hibridismo paradoxalmente antagônico do modelo rígido-analítico - sempre formal e cuidadosamente implantado, explícita ou implicitamente -, as constituições contemporâneas desse tipo, nelas incluída a brasileira de 1988, passaram a suscitar dramáticos dilemas políticos cuja solução oscila entre os extremos lógicos da indisputada obediência positivista aos esquemas inflexíveis de reforma implantados - nesse caso sempre com o risco de aluir seus fundamentos de legitimidade pelo rompimento formal do sistema, com todas as seqüelas e os inconvenientes de insegurança jurídica decorrentes -, e a busca de soluções criativas além da ortodoxia positivista, caminho o que veio a prevalecer.

Doutrinariamente, o problema passava então a se situar não no valor absoluto de qualquer cláusula pétrea, explícita ou implícita que fosse, mas na verificação da possibilidade de encontrar-se uma forma de evolução que conciliasse a preservação da identidade constitucional originária com a legitimidade corrente. Em outras palavras: o conceito de rigidez havia evoluído do seu prístino mas limitado sentido formal para passar a ser entendido como uma técnica substantiva de estabilidade, voltada à manutenção da identidade constitucional, aliando, necessária e indissolúvelmente, a legalidade à legitimidade, assim, revestindo um denso sentido material. Em conseqüência, não são nem poderão ser consideradas

cláusulas pétreas as que imponham limites meramente formais, ou seja, as que não portam valores e, por isso, não apresentem referencial direto com a legitimidade, inextricável da identidade constitucional, esta sim, a ser protegida.

Acerca do tema, afirma Paulo Bonavides:

“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.” (BONAVIDES, 1998, p. 173)

Também Paulo Bonavides cita um dos juristas avessos à imposição de limites ao poder reformador. Trata-se de Laferrière, que assim entende:

“(...) o poder constituinte exercitado num determinado momento não é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo, ainda que seja num determinado ponto (...).” (BONAVIDES, 1998, p. 178)

Tendo em vista as considerações anteriores, e possíveis reflexões sobre o que aguarda os cidadãos brasileiros como reivindicação ao constitucionalismo do futuro que bate às portas, parece problemático à consciência jurídica conformar-se com a existência de cláusulas pétreas: tal presença em um Texto Constitucional, como já visto, desconfirma a soberania popular, e contraria todos os postulados gerais que o próprio princípio democrático encerra.

8. Conclusão

Constituições, como qualquer obra humana, não são perfeitas nem definitivas. Embora aspirem à permanência, sem a qual não têm como conferir segurança e estabili-

dade às organizações políticas, suportam defeitos e não estão imunes à ação do tempo. Por isso, podem e devem ser aperfeiçoadas e atualizadas, pelo menos na medida em que reformá-las seja condição necessária para mantê-las vigentes.

O ordenamento jurídico do Estado deve sempre preservar dois valores fundamentais: a justiça e a segurança das relações sociais. Ora um, ora outro, desses valores é dominante, dependendo das circunstâncias e das relações de que tratam. Se uma determinada disposição constitucional não está mais cumprindo aquele papel para o qual foi criada, ou o está fazendo de forma imperfeita, urge que seja substituída por outra mais adequada à realidade social e que amplie as garantias ou renove a instituição ineficaz.

De que maneira o constituinte derivado pode fazê-lo? Os direitos, liberdades e garantias individuais são decisões constitucionais fundamentais tomadas pelo constituinte originário. Deve-se considerar que quando se assegura ao poder constituinte derivado, simplesmente com base em considerações de interesses circunstanciais do Estado, a faculdade de promulgar emendas constitucionais que podem modificar valores anteriormente estabelecidos como cláusulas pétreas, na realidade o que se estaria inserindo na ordem social seria um possível elemento de intranqüilidade.

Eis aí a essência da questão. Na democracia, a segurança do direito ou vale para todos, indistintamente, ou a dualidade de tratamentos põe em risco a legitimidade do próprio regime democrático. Por isso, diante desse desafio, o importante é não se deixar levar pelos argumentos daqueles para quem direitos adquiridos são “prerrogativas históricas pertencentes à sociedade”; nem por quem defende a supressão de direitos a qualquer preço, em nome de uma suposta defesa da moralidade, com o atropelo do processo legislativo definido pelo artigo 60 da Constituição. É, sim, trazer o debate para uma questão preliminar – a

adequação da ordem constitucional às realidades econômicas, sociais e políticas do País, por meios democráticos.

Como se percebe, “somente um entendimento racional, flexível e autenticamente democrático do poder popular de reforma constitucional permite conciliar princípio e preceito, tradição e modernidade, evolução política e segurança jurídica, permanente e contingente; numa síntese, a legalidade com legitimidade, pois nenhuma Constituição poderá ser boa e servir a uma Nação se lhe faltar uma dessas qualidades.” (NETO, 1999, p. 11)

Não poderão ser o conservadorismo corporativista, o positivismo renitente ou o imobilismo receoso causa da perda da capacidade reflexiva da Constituição e, a pretexto de defender o pétreo, motivo para petrificá-la. O direito é dinâmico, deve evoluir conforme evolui a sociedade. É dever do Estado atender aos anseios sociais, e, neste intuito, também a constituição deve adequar-se à realidade que a cerca e às necessidades concretas de seus súditos.

No futuro, o Estado terá que se readaptar para desafios não previstos nem pelos políticos nem pelos juristas de agora. A teoria do direito constitucional está em plena mudança e essa mudança implicará a desvalorização das normas imodificáveis de espectro amplo, em prol de outras estruturalmente imodificáveis, ou seja, as cláusulas serão pétreas por integrarem o núcleo essencial e imodificável da Constituição, e não por uma disposição formal. A mudança é característica do próprio homem. A humanidade se aproxima novamente das constituições sintéticas, permanentemente adaptáveis às conjunturas, por força de seu conteúdo nitidamente principiológico. O Brasil não ficará à margem do movimento, que pode ser julgado irreversível.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., 1995. Coimbra: Livraria Almedina.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., 1998. Coimbra: Livraria Almedina.

FARIA, José Eduardo. *A Constituição, entre a rigidez e a mudança*. Espaço Aberto. O Estado de São Paulo, 09 de fevereiro de 2003

_____. *Direitos adquiridos e rigidez constitucional*. Espaço Aberto. O Estado de São Paulo, 02 de fevereiro de 2003

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro - Poder Constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira - São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993

MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Espectro e limitações as normas inalteráveis da constituição*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, nº especial de lançamento - 1997

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* (Tomo I, 5ª ed., 1996; Tomo II, 3ª ed., 1996; Tomo III, 3ª ed., 1996; e Tomo IV, 2ª ed., 1998). Coimbra: Coimbra Editora.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Reforma Constitucional e as cláusulas pétreas*. Think, Ano II nº 6, pp. 8-11, jan 1999.

SCHMITT, Carl - *Teoría de la Constitución* - Madri, Alianza Universidad Textos, 1992

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., 2003. São Paulo: Malheiros Editores.

